

مقدمة

إن الإدارة في الأنظمة القانونية الحديثة، تقوم بنوعين من الأعمال؛ فهي أحيانا تقوم بأعمال قانونية تحدث أثرا قانونيا متعلقا بالغير، وأحيانا أخرى تقوم بأعمال مادية من أجل تنفيذ قانون أو قرار إداري ما. كما أن هذا العمل القانوني الذي تقوم به الإدارة تارة يكون بإرادتها المنفردة ودون مشاركة من الغير ممن لهم علاقة بهذا العمل؛ ومن صور ذلك القرار الإداري، وتارة أخرى عن طريق روابط عقدية تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة وتلبية لحاجات الجمهور.

ولذلك نجد الدول كافة على تعدد مذاهبها السياسية واختلاف فلسفتها الاقتصادية والاجتماعية تأخذ بمبدأ الأسلوب التعاقدي في علاقاتها ببعضها البعض، أو في علاقاتها بالأشخاص الطبيعيين، في مختلف نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية وإدارة مرافقها العامة بانتظام واضطراد لتأمين حياة كريمة لمواطنيها.

لذلك نجد موضوع العقد الإداري والصفقات العمومية من الموضوعات البالغة الأهمية في مجال القانون الإداري، حيث يلعب العقد الإداري دورا بارزا في تسيير النشاط الإداري، كما نجد أيضا الصفقات العمومية تعتبر وسيلة مهمة من وسائل الدولة في تنفيذ سياستها التنموية على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي

فالرابطة التعاقدية إحدى الوسائل الهامة التي تلجأ إليها الإدارة في تنفيذ مشاريعها وتسيير مرافقها⁽¹⁾ ولا تقل أهمية عن القرارات الإدارية، لأجل ذلك تدخل المشرع الجزائري معترفا للإدارة بأهلية التعاقد بغرض تمكينها من تحقيق أهدافها، فأخضعها أحيانا لتشريع متميز وله إجراءات خاصة؛ وهو تنظيم الصفقات العمومية، ويتركها أحيانا أخرى تخضع للقانون الخاص، وهو ما سنحاول توضيحه في هذه المطبوعة.

ولقد مر نظام الصفقات العمومية في الجزائر بمراحل متعددة، وخضع لتشريعات وتنظيمات تنوعت بين الفرنسي تارة، والجزائري تارات أخرى، واختلفت محتوياتها بالنظر للظروف التي مرت بها، ظروف سياسية واقتصادية تركت أثرا على هذه التنظيمات، حيث صدر منها منذ الاستقلال ستة تنظيمات أساسية، ولها

¹ - سعد محمد علي المرى، مبدأ حرية المنافسة في المناقصة العامة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 2004، ص 5.

تعديلات وتتمت عديدة كان أولها الأمر رقم 67-90⁽¹⁾، وآخرها المرسوم الرئاسي 15-247⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن عملنا في هذه المطبوعة سينصب بالأساس على تنظيم الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 15-247؛ وهو المعمول به حاليا والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مع مقارنته ببعض التنظيمات السابقة، وذلك من أجل التمييز بين فترة وأخرى، ومعرفة الجديد المتعلق بها، ومدى نجاعته وتحقيقه للمطلوب⁽³⁾.

كما سأحاول تعزيز ذلك بالتطبيقات القضائية الإدارية، وتأصيلها من الناحية الفقهية، ومن أجل بيان ذلك قسمت هذه المطبوعة إلى الفصول التالية:

الفصل الأول: مفهوم الصفقات العمومية.

الفصل الثاني: المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية

الفصل الثالث: طرق إبرام الصفقات العمومية

الفصل الرابع: الرقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية

الفصل الخامس: حقوق والتزامات طرفي الصفقات العمومية

1 - الأمر رقم 67-90، المؤرخ في 17 جوان 1967، والمتعلق بنظام الصفقات العمومية، ج.ر. العدد 52، لعام 1967.

2 - المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر. العدد 50، لعام 2015.

3- أنظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، 2017، ص 14.

الفصل الأول: مفهوم الصفقات العمومية.

إن الصفة العمومية باعتبارها من الأعمال القانونية للإدارة بصفة عامة، ومن التصرفات الإرادية بصفة خاصة، فهي تخضع إلى نظام قانوني متنوع من حيث الأحكام والمبادئ، سواء تعلق الأمر بكيفية إبرام الصفقات العمومية أو تنفيذها أو الظروف المحاطة بإنجازها، هذا النظام القانوني الذي يحتوي على نوعين من القواعد، قواعد قانونية تشير إلى اعتبار الصفقات العمومية نظاما تعاقديا يتجسد فيه مبدأ سلطان الإرادة استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومن جهة أخرى هناك قواعد قانونية تعبر عن إطار قانوني تنسجم فيه الأهداف التي يسعى من خلالها المشرع إلى تحقيق مجموعة من الأهداف العامة المحققة للنفع العام من وراء إبرام الصفقات العمومية، واختيار المتعامل المتعاقد الذي يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط الفنية والمعطيات القانونية.

وحتى نستطيع معرفة الصفقات العمومية ونحكم في مضمونها، يجب علينا تعريفها بناء على تعريف المشرع لها، على أساس أن التعريف التشريعي يقدم على باقي التعريفات سواء القضائية أو الفقهية، ثم نعرفها بعد ذلك من وجهة نظر القضاء، الذي يعتبر مترجما للتشريع عند الإبهام وعدم الوضوح، لنصل للتعريف الفقهي القائم على التدقيق وتحليل الأجزاء وتأصيلها.

كما يستتبع ذلك التطرق للمعايير التشريعية للصفقات العمومية، والمستنبطة من مختلف القوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية، ومدى مساهمة هذه المعايير في تقديم المساعدة لأجهزة القضاء الإداري لمعرفة الصفة العمومية، وتطبيق قواعدها الخاصة، لنصل إلى معرفة رأي الفقه في هذه المعايير.

ومما لا شك فيه أن العلاقة بين العقد الإداري والصفقات العمومية علاقة واضحة وجلية، فهي من حيث التأصيل القانوني عبارة عن عقد إداري إلا أن هذا الأخير يتخذ طبيعة وشكل محدد يجعله مختلف في العديد من جوانبه عن العقود الخاصة التي تقتضي توافق الإرادتين على إحداث آثار قانونية فضلا عن ذلك احتواء الصفقات العمومية على بعض الجوانب الفنية وتعلق إنجاز مشاريعها على تقنيات وخبرات معينة، جعلها بذلك تنفرد بالعديد من الأحكام التشريعية والتنظيمية مقارنة بالعقد بمفهومه العام الذي يكفي فيه تطابق الإرادتين على إحداث الآثار القانونية، ولذلك يجب علينا التمييز بين الصفة العمومية عن بعض العقود الأخرى المدنية والتجارية وعقود العمل.

وانطلاقا مما سبق سنعالج هذا الموضوعات كالتالي:

- المبحث الأول: تعريف الصفقات العمومية.
- المبحث الثاني: المعايير التشريعية للصفقات العمومية وموقف القضاء والفقه منها.
- المبحث الثالث: تمييز الصفقات العمومية عن بعض العقود الأخرى.

المبحث الأول: تعريف الصفقات العمومية.

إن كلمة "صفقة" لغة هي العقد أو البيعة، ويقال: صفقة رابحة أو خاسرة، وكلمة صفقة بفتح فسكون مأخوذة من "صفق" بمعنى ضرب اليد على اليد في البيع وهي علامة إجرائه وإتمامه⁽¹⁾، أما في الاصطلاح فكلمة صفقة دلالة على نقل السلع أو الخدمات من شخص لآخر، كما يتضمن المفهوم أيضا صيغة تجارية بحتة احتكرتها اللغة الاقتصادية وتداولته مصطلحا خاصا بعالم المال والأعمال⁽²⁾.

إن التعريف التشريعي له حق الصدارة على بقية التعريفات الأخرى، لذلك كان التعريف التشريعي للصفقة العمومية هو المبتدأ به، متبوعا بالتعريف القضائي لما للقضاء الإداري من فضل ودور كبير في إيجاد قواعد القانون الإداري وتنظيمها، ثم نختم هذه التعريفات ونتوجه بالتعريف الفقهي وبيان جهود الفقهاء في تعريف الصفقة العمومية.

ولذلك قسمت هذا المبحث إلى ثلاث مطالب كالتالي:

- المطلب الأول: التعريف التشريعي.
- المطلب الثاني: التعريف القضائي.
- المطلب الثالث: التعريف الفقهي.

المطلب الأول: التعريف التشريعي

عرّف المشرع الجزائري الصفقات العمومية في كل القوانين والتنظيمات الصادرة بخصوصها في مراحل مختلفة، فعرفها في تنظيم الصفقات العمومية الأول بموجب الأمر رقم 67-90⁽³⁾، في مادته الأولى بقوله: "إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العملات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"، والمقصود بالعملات الولايات.

وعرفها في المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁽⁴⁾، في مادته الرابعة بقوله: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

1- القاموس المحيط، الفيروز آبادي، باب القاف، فصل الصاد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1993، ص 1163.

2- د /فاروق ججي مصطفى، مفهوم الصفقة في لغة الشرع والسياسة، موقع الأوان، 2006، [www. Alawma. Org](http://www.Alawma.Org)، الساعة 13:56، بتاريخ 2011/04/15.

3- الأمر رقم 67-90، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

4- المرسوم الرئاسي رقم 10-236، بتاريخ 07 أكتوبر 2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر العدد رقم 58، لعام 2010.

ثم عرفها في آخر تنظيم للصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي 15-247⁽¹⁾، في مادته الثانية بقوله: " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات".

فبالمقارنة بين التعريفات نجد أن المرسوم الجديد قد حمل بعض الإضافات نجلها في:

- الصفقات العمومية تتم بمقابل، فهي من عقود المعاوضة والملزمة لجانين.
- ذكر التعريف المتعاملين الاقتصاديين، وهو ما لم تشر له التعريفات السابقة، فهي إضافة بخصوص الجانب العضوي.

كما ثبت عناصر قديمة وردت في التعريفات الواردة في تنظيمات الصفقات العمومية السابقة تتمثل في:

- عقود مكتوبة: والكتابة هنا ليست التوثيقية التي تتم عند الموثقين، بل الكتابة الإدارية المثبتة بوثائق ومحركات إدارية موقعة ومختومة من طرف الجهة الإدارية المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي.
- أن موضوع الصفقة محدد في أنواع أربعة: فهو لا يخرج عن صفقة الأشغال العمومية واقتناء الوازم والخدمات والدراسات.

- للصفقة شروط وإجراءات محددة تتم بها: وذلك في المرسوم الرئاسي، وسنشرحها لاحقاً بالتفصيل. ولكن يعاتب المشرع في هذا المرسوم على إغفاله للطرف الأول في الصفقة وهي المصلحة المتعاقدة فلم يشر لها، مع العلم أن المادة السادسة من نفس المرسوم (المرسوم الرئاسي 15-247)، أشارت للمتعامل العمومي ولم تذكر المؤسسات العمومية الخصوصية إن صح التعبير؛ كالمؤسسات العامة ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات ذات الطابع المهني، مما يعني أن هناك عدم توافق وتذبذب بين القانون بمعناه العام وهذا المرسوم.

كما أن إصرار المشرع من خلال النصوص التي صدرت في فترات زمنية مختلفة على تعريف عقد الصفقة العامة، يرجع ربما للأسباب التالية:

- بالنظر للطرق الخاصة في إبرام الصفقات العمومية وإجراءاتها المعقدة، ذهب المشرع لتعريفها من أجل تمييزها عن باقي العقود الأخرى التي يبرمها الأشخاص العامون.
- الطرق الرقابية الخاصة من الناحية الداخلية والخارجية.
- سلطات الشخص العام الاستثنائية عندما يبرم الصفقة العمومية، والتي لا نجدها في عقود أخرى.
- علاقة الصفقة العمومية بالمال العام والخزينة العمومية⁽²⁾.

1 - المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

2 - أنظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 76-77.

-المطلب الثاني: التعريف القضائي.

إن الاجتهاد القضائي الإداري يعد مصدرا قانونيا مهما ضمن قائمة المصادر القانونية، حيث يأتي بعد المصدر التشريعي، فالقاضي الإداري يلعب دورا بارزا في سد ثغرات التشريع بما يصدره من قرارات قضائية تكون حولا للنزاعات المعروضة عليه.

وبناء على ذلك نجد أن نظرية العقد الإداري تعتبر نظرية حديثة النشأة نسبيا، ويرجع الفضل في ذلك إلى الدور الرئيسي الذي لعبه القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة الفرنسي واجتهاداته الكبرى.

وكما ذكرنا سابقا أن المشرع الجزائري قد عرف الصفقات العمومية في مختلف القوانين المتعلقة بها، نجد القضاء الإداري الجزائري وهو ينظر في المنازعات المعروضة عليه تطرق أيضا لتعريف الصفقات العمومية، وإن كان في الحقيقة ملزما بالتعريف الوارد في التشريع، إلا أن الوظيفة القضائية وخاصة في القضاء الإداري تفرض عليه إعطاء تفسير وتوضيح عند الغموض لبعض المصطلحات وربطها بالواقع محل المنازعة.

وقد ذهب مجلس الدولة الجزائري في قرار له سنة 2002⁽¹⁾، إلى القول: ".... وحيث أن تعريف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابلة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمة..."، حيث يبدو من خلال هذا التعريف المقدم من مجلس الدولة الجزائري، أن الصفقة العمومية علاقة عقدية تربط بين الدولة وأحد الخواص، في حين أن الصفقة العمومية لا يكون أحد أطرافها الدولة فقط، بل قد يكون شخص من أشخاص القانون العام وهذا من جهة، ومن جهة ثانية نجد أن الصفقة العمومية قد تجمع بين أشخاص القانون العام أو بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص.

وتعود الحكمة في تمتع الإدارة بامتيازات وأساليب القانون العام بالأساس إلى اختلاف مكانة الأطراف مقارنة بعقود القانون الخاص أين يتم التعاقد بين طرفين متساويين يهدف كل منهما تحقيق مصلحة شخصية.

ويؤخذ على هذا التعريف القضائي أنه لم يشر لعنصر الشكل، مع أن الصفقة العمومية تتم وفق أشكال وإجراءات خاصة ومحددة قانونا، بالإضافة لاستعماله مصطلح مقابلة والذي يعتبر مصطلح ذو مدلول مدني، في حين أن المشرع عبر عنه بمصطلح الأشغال؛ وهو يقصد الأشغال العمومية وهي عقد إداري.

المطلب الثالث: التعريف الفقهي

بالرغم من الطابع القضائي لنظرية العقد الإداري، وتقنين المشرع لغالب قواعده، يبقى للفقهاء دور واضح في تفكيك أجزاء هذه النظرية، ودراسة جوانبها دراسة المتفحص الكاشف للزاياء والعيوب المتعلقة بها.

1 - قرار مجلس الدولة رقم 6215، في قضية ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ)، فهرس 873، غير منشور، أنظر: د. عمار بوضياف، المصدر نفسه، ص 94.

كما لا يمكننا أن ننكر العلاقة بين العقد الإداري والعقد المدني من حيث التقائهما في أن كلاهما يعبر عن توافق إرادتين تهدفان إلى إحداث أثر قانوني، وهنا كان للفقه دور بارز في التفريق بينهما في كثير من الجوانب والاجزاء بالتحليل والبيان.

ولقد ذكرت تعريفات فقهية عديدة للعقد الإداري، كان مجملها يعرفه على أنه: "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص"⁽¹⁾، وتأسيسا على ذلك اعتمد الفقه في وضع معايير للعقد الإداري تمثلت في:

- المعيار العضوي: أن يكون أحد أطراف العلاقة العقدية شخص من أشخاص القانون العام⁽²⁾.

- المعيار الموضوعي: أن يكون موضوع العقد متعلق بإدارة وتسيير مرفق عام⁽³⁾.

- معيار اتباع أساليب القانون العام: لا يكفي وجود أحد أشخاص القانون العام طرفا في العقد، بل ينبغي أيضا أن يكشف هذا الشخص العام عن رغبته في استخدام وسائل وأساليب القانون العام عند تعاقدته⁽⁴⁾، كأن ينص في العقد على حقه في التعديل المنفرد لبنوده، أو في الفسخ بالإرادة المنفردة أو غيرها من البنود الغير مألوفة في قواعد القانون الخاص.

وبتوافر هذه المعايير ينبغي اعتبار الرابطة العقدية عقدا إداريا، وهي المعايير ذاتها أيضا لاعتبار العقد صفقة عمومية، مع فارق يتمثل في أن الصفقات العمومية محددة من حيث أنواعها في قانون الصفقات العمومية على سبيل الحصر، وما خرج عن ذلك يعد عقدا إداريا، وبالتالي فكل صفقة هي عقد إداري وليس كل عقد إداري هو صفقة عمومية.

1 - د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1991، ص 32، أنظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1989، ص 218، وأنظر: د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 5، وأنظر: د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2002، ص 402، وأنظر: د. فؤاد منها، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1973، ص 640.

2 - د. محمود حلي: العقد الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 208.

3- يقصد بالمرفق العام نشاط تتولاه الإدارة ويستهدف النفع العام، أنظر: د. ثروت بدوي: المعيار المميز للعقد الإداري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، القسم الثاني، العددان الثالث والرابع، القاهرة، 1957، ص 120.

4- د بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري الجزائري، دار ربحانة، الجزائر، 2002، ص 156.

المبحث الثاني: المعايير التشريعية للصفقات العمومية وموقف القضاء والفقه منها.

إذا اعتبرنا الصفقة العمومية عقدا إداريا محددًا بالقانون، وأن المشرع قد عرف الصفقات العمومية في مختلف التنظيمات الصادرة بشأنها، فلا شك أنه قد بين معالمها وحدد عناصرها لهذه الصفقة، مما يجعلها معايير تدلنا على الصفقة العمومية.

إلا أن وضع المشرع لها، لم يمنع القضاء والفقه من شرحها وبيانها، بل سنجد أن بعضها من صنع القضاء وتحليل وتفسير الفقه.

ولذلك جعلت هذا المبحث ثلاث مطالب، وكان تقسيمه كالتالي:

المطلب الأول: المعايير التشريعية للصفقة العمومية.

المطلب الثاني: التطبيقات القضائية للمعايير التشريعية.

المطلب الثالث: المعايير الفقهية للعقود الإدارية.

المطلب الأول: المعايير التشريعية للصفقة العمومية.

من خلال المرسوم الرئاسي 15-247، وما سبقه من تنظيمات للصفقة العمومية يمكننا القول بأن المعايير التي على أساسها يمكن تكييف العقد الإداري على أنه صفقة عمومية، يمكن حصرها في المعايير التالية⁽¹⁾:

أولاً: المعيار شكلي.

بالرجوع لتعريف الصفقة العمومية الوارد التشريعات المتعلقة بها منذ الأمر الأول رقم 67-90 في مادته الأولى، وصولاً للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 في مادته الرابعة، وانتهاء بالمرسوم الرئاسي 15-247 في مادته الثانية، نجد المشرع يثبت أن عقود الصفقات العمومية عقود مكتوبة.

ولربما كان سبب إصرار المشرع وتأكيد على الكتابة في عقود الصفقات العمومية يرجع إلى أمرين:

- 1- أن الصفقة العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية، أداة لتنفيذ البرامج الاستثمارية، وهي مرتبطة بالمال العام والخزينة العمومية، لذلك أكد المشرع على كتابتها.
- 2- على اعتبار أن الصفقة العمومية من عقود المعاوضة، وجب أن تكون مكتوبة لبيان المركز التعاقدي لكل طرف في العقد (حقوقه والتزاماته).

والمقصود بالكتابة هنا هي الكتابة الإدارية لا التوثيقية عند الموثق، أي الكتابة المتبعة في الإدارات العمومية

1 - أنظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 123 وما بعدها.

وتكون على ورقة بيضاء تحمل كل البيانات التي ذكرها المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية. وبناء عليه فإنه لا يمكن إذن الشروع في تنفيذ الصفقة العمومية قبل إبرامها وتوقيعها من السلطة المختصة⁽²⁾.

ثانيا: المعيار العضوي.

مما يميز العقد الإداري والصفقة العمومية أن يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، مما يعني أن الصفقة التي لا تكون إحدى الجهات المذكورة في المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 15-247، أو جهات حددها التشريع طرفا فيها، لا يمكن اعتبارها صفقة عمومية، وهذه الجهات هي:

1- الدولة: ويشمل هذا المصطلح كل أجهزة الإدارة المركزية، بسبب استخدامها الشخصية الاعتبارية للدولة؛ كالوزارات ورئاسة الجمهورية.

2- الجماعات الإقليمية: وتمثل في الإدارة اللامركزية، والتي تشكل من:

- الولاية: وهي مجموعة إقليمية ووحدة إدارية منفصلة عن الدولة انفصالا عضويا وقانونيا، تتمتع بالشخصية المعنوية وخصها المشرع بالذكر في كل دساتير الجمهورية منذ الاستقلال، وكذا قوانين الصفقات العمومية المختلفة، وآخرها المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته السادسة.

كما أكد المشرع على خضوعها لتنظيم الصفقات العمومية في قانون الولاية⁽³⁾، في مادته 135.

- البلدية: وهي البنية القاعدية وأصغر وحدة إدارية في التنظيم الإداري الجزائري، منفصلة انفصالا عضويا وقانونيا عن الولاية والدولة، تم ذكرها في كل دساتير الجمهورية، وكذا تشريعات الصفقات العمومية المختلفة، وآخرها المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته السادسة ضمن مصطلح الجماعات الإقليمية.

كما أفرد المشرع في قانون البلدية⁽⁴⁾، أحكاما خاصة بصفقات البلدية في مادته 117، وهذا الأمر طبيعي

طالما أنها شخص عام تمول سائر نشاطاته عن طريق الخزينة لعامة.

3- المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري: إن المؤسسات العامة الإدارية تخضع تاريخيا لتنظيم الصفقات العمومية، بسبب طبيعة نشاطها الذي لا يقوم على الهدف الربحي، واتصالها بالخزينة العمومية من حيث

1 - أنظر: المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

2 - أنظر: المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

3- القانون رقم 07-12، المؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق 21 فبراير 2012، والمتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية رقم 12، لعام 2012.

4 - القانون رقم 10-11، المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق 22 يونيو 2011، والمتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية العدد رقم 37، لعام 2011.

4- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري بالشروط المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية: إن المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247، أدمج المؤسسات العامة الاقتصادية بشروط إذا توافرت خضعت هذه المؤسسات لتنظيم الصفقات العمومية، بالرغم من اختلافها عن المؤسسات العامة الإدارية من حيث طبيعة النشاط، ومن حيث المهام والقانون الواجب التطبيق عليها، فهي مؤسسات ذات نشاط يقوم على الربح، أي شخص من أشخاص القانون الخاص، مخالفا بذلك القاعدة العامة.

فجاءت المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 15-247، مقدمة شرطا مفاده؛ أن المؤسسات العامة الاقتصادية تخضع استثناء لتنظيم الصفقة العمومية إذا تحققت الشروط التالية:

- أن يتم تكليفها من طرف السلطات العمومية بإنجاز الصفقة.
- وأن يتم تمويل المشروع محل التكليف كليا أو جزئيا وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من طرف الخزينة العمومية.

ولعل الهدف من ذلك هو المحافظة على المال العام وترشيد النفقات العمومية، وليجعل المشرع تنظيم الصفقة العمومية مرجعا لتنفيذ المبادئ العامة لعقود هذه المؤسسات الاقتصادية، وذلك لمحاربة الفساد بمختلف أشكاله وصوره دون أن ينكر طبيعتها كمؤسسة عامة اقتصادية مراعي في ذلك خصوصية كل عقد. ومما يعاب على المشرع في هذا المجال، غياب ذكر المؤسسات العامة المتخصصة كالجامعات والمراكز البحثية وغيرها، فلم يذكرها بالنص الصريح كما فعل في المرسوم الرئاسي 02-250⁽¹⁾ في مادته الثانية، بل أشار إليها بعبارة "إدارات عمومية".

وأيا يعاب عليه عدم ذكره للهيئات الوطنية المستقلة كالجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة والمجلس الدستوري...، وكان قد ذكرها بالتفصيل في المرسوم الرئاسي 10-236 في مادته الثانية.

ثالثا: المعيار الموضوعي.

إن الإدارة تبرم عقودا كثيرة، ولا يمكن أن نجعلها كلها تخضع لتنظيم الصفقات العمومية، لذا جب استبعاد جملة من العقود من دائرة الصفقات العمومية؛ كعقود الامتياز والنقل والتأمين....

وبالرجوع لتنظيمات الصفقات العمومية السابقة، نجد أنها في مجملها تعتمد التقسيم الرباعي للصفقات وأخرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في مادته التاسعة والعشرون، بأن جعل الصفقات العمومية تشمل العمليات التالية: إنجاز الأشغال، اقتناء الوازم، إنجاز الدراسات، تقديم خدمات.

1 - المرسوم الرئاسي 02-250، المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1423 الموافق 24 يوليو 2002، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 52، لعام 2002.

ومما يذكر من محاسن هذا المرسوم هو معالجته لموضوع الاقتران بين الصفقات العمومية في علاقة عقدية واحدة، كأن يقرن عقد الأشغال بعقد اقتناء اللوازم، فالمرسوم قدم تكييفاً واضحاً لهذا الاقتران.

رابعاً: المعيار المالي.

إن إلزام الإدارة بالتعاقد في كل الوضعيات والحالات بحسب الكيفية المبينة في تنظيم الصفقات العمومية، سيبعث بطئا كبيرا في أداء العمل الإداري، ولئن كان إخضاعها لأحكام تنظيم الصفقات العمومية عندما تكون مبالغ الصفقة عالية مرتفعة أمر ضروري ومنطقي، فإن الأمر لا يكون كذلك عندما تكون المبالغ بسيطة، وتحديد ذلك من حيث الأصل يعود للمشرع بتحديد عتبة مالية دنيا لإعداد الصفقات العمومية، مع مراعاة الظروف الاقتصادية للبلاد، وطبيعة كل صفقة.

ويكون الهدف من ذلك ترشيد النفقات العمومية، وحوكمة الصفقات العمومية والوقاية من الفساد، فكلما كان المبلغ كبيرا وجب إخضاع الصفقة لأصول وأحكام إجرائية خاصة، واعتماد أطر رقابية أكثر شدة وتدقيقاً، وذلك من أجل القضاء على أي شبهة للفساد⁽¹⁾، وإذا كان هذا المبلغ بسيطاً فلا داع لإرهاق الإدارة كأن يتعلق الأمر بشراء مستلزمات وتجهيزات إدارية بسيطة.

ولقد تطورت هذه العتبة المالية في تنظيمات الصفقات العمومية المختلفة، واختلفت من مرحلة لأخرى تبعا لنسبة التضخم المختلفة من فترة لأخرى، وعليه ستختلف هذه العتبة وتكون عاملا متحركاً غير ثابت.

فقد كانت قبل 2010 وبالضبط في المرسوم التنفيذي 91-434⁽²⁾ في مادته السادسة تنص على أن: " كل عقد أو طلب يقل مبلغه أو يساوي مليوناً دينار جزائري 2.000.000 د.ج، لا يتطلب حتما إبرام صفقة بمفهوم هذا المرسوم".

ثم تدخل المشرع بعد ذلك لأسباب اقتصادية، فعُدل العتبة المالية في المرسوم التنفيذي 94-178⁽³⁾ في المادتين السابعة والثامنة ويجعلها ثلاثة ملايين بدل مليوني دينار.

ولنفس الأسباب الاقتصادية تدخل المشرع من جديد وعدل العتبة المالية بموجب المرسوم التنفيذي رقم

1- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 129-130.

2- المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المؤرخ في 2 جمادى الأولى 1412 الموافق 9 نوفمبر 1991، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 57، لعام 1991.

3- المرسوم التنفيذي رقم 94-178، المؤرخ في 16 محرم 1415 الموافق 26 يونيو 1994، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 91-434، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 42، لعام 1994.

87-98⁽¹⁾ في مادته السادسة ليجعلها أربعة ملايين دينار جزائري، واستقر على هذه العتبة في المرسوم الرئاسي 250-02 في مادته الخامسة.

ولم يدم هذا الحال طويلا حتى صدر المرسوم الرئاسي 303-03⁽²⁾ المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250، ليميز بين أنواع الصفقات العمومية من حيث العتبة المالية، وإعطاء وزير المالية حق تحيين هذه العتبات المالية.

فقسم الصفقات العمومية إلى قسمين؛ قسم شمل صفقتي الأشغال والتوريد، فجعل حدّهما الأدنى يساوي ستة ملايين دينار 6.000.000 د.ج، وذلك في المادة الخامسة من المرسوم سالف الذكر، وقسم ثاني شمل صفقتي الخدمات والدراسات جعل حدّهما الأدنى يساوي أربعة ملايين دينار جزائري 4.000.000 د.ج، في نفس المادة الخامسة.

كما نصت المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي رقم 301-03، على أنه: "يمكن تحيين المبالغ المذكورة أعلاه بصفة دورية بموجب قرار من وزير المالية وفق معدل التضخم المسجل رسميا"، فلاحظ أن المشرع حاول مراعاة حركية وتيرة الاقتصاد الوطني ونسب التضخم في البلد.

وظل الحال كذلك حتى جاء المرسوم الرئاسي 338-08⁽³⁾، ليجعل العتبة المالية عند حد أدنى تمثل في ثمانية ملايين 8.000.000 د.ج بالنسبة لصفقة الأشغال والتوريد، وأبقى على نفس الحد بالنسبة لصفقة الخدمات والدراسات عند حد أربعة ملايين 4.000.000 د.ج في مادته الخامسة.

ونصت المادة السادسة من المرسوم الرئاسي رقم 236-10، على أن: "كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار 8.000.000 أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار 4.000.000 لخدمات الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم"، ليتضح لنا أننا لن نكون أمام صفقة عمومية إذا كان مبلغ عقد الأشغال أو التوريد يساوي أو أقل من 8.000.000 د.ج.

ونصت المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، على: "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار 12.000.000 د.ج أو يقل عنه للأشغال أو

1 - المرسوم التنفيذي رقم 87-98، المؤرخ في 8 ذي القعدة 1418 الموافق 7 مارس 1998، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 434-91، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 13، لعام 1998.

2- المرسوم الرئاسي رقم 301-03، المؤرخ في 14 رجب 1424 الموافق 11 سبتمبر 2003، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 250-02، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 55، لعام 2003.

3 - المرسوم الرئاسي رقم 338-03، المؤرخ في 26 شوال 1429 الموافق 26 أكتوبر 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 250-02، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 62، لعام 2008.

اللوازم وستة ملايين دينار 6.000.000 د.ج للدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".

كما استمر هذا المرسوم الرئاسي في الاعتراف بحق وزير المالية في تحيين مبالغ الصفقات، وذلك أمر مفهوم ومنطقي طالما كانت الصفقات العمومية مرتبطة بالمال العام والخزينة العمومية.

خامسا: البند الغير مألوف (الشروط الاستثنائية والغير معروفة في قواعد القانون الخاص).

لكي نعتبر العقد الذي تبرمه الإدارة عقدا إداريا عموما، أو صفقة عمومية خصوصا، لا بد من تضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ويرجع سببها إلى تمكين الإدارة من تحقيق الأهداف المرجوة من وراء التعاقدات لتلبية لحاجيات عامة للأفراد وتحقيقا لمصلحة عامة.

والمتمتعن في تنظيمات الصفقات العمومية المختلفة، يجد أن المشرع قد ضمنها بعض هذه البنود الغير مألوفة، والتي تعتبر امتيازات وسلطات تمنح للإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها.

ومن هذه الامتيازات والسلطات؛ سلطة الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة، فوجد المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته 149 قد نص على: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في أجل الذي حدده الإذار المنصوص عليه أعلاه فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

ونصت المادة 150 من نفس المرسوم على أنه: "يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة من جانب واحد عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة حتى بدون خطأ المتعامل المتعاقد".

فلاحظ أن المصلحة المتعاقدة يمكنها فسخ العقد بإرادتها المنفردة ودون تقصير من المتعامل معها إذا دعت المصلحة العامة ذلك⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التطبيقات القضائية للمعايير التشريعية.

بناء على ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري قد حدد جملة من المعايير التي تميز الصفقات العمومية عن غيرها من عقود الإدارة المختلفة، فكانت بلا شك عاملا مساعدا للأجهزة القضائية الإدارية في تطبيق أو إبعاد قواعد الصفقات العمومية بحسب وجود هذه المعايير من عدم وجودها، وسأذكر بعض التطبيقات القضائية المتعلقة بذلك وفق مايلي:

1 - أنظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 138.

الفرع الأول: المعيار العضوي.

صدر قرار لمجلس الدولة الجزائري سنة 2002، ذهب فيه المجلس إلى عدم خضوع المؤسسات العامة ذات الطابع صناعي والتجاري لقانون الصفقات العمومية، وأقر أيضا عدم اختصاص القاضي الإداري بالنظر في النزاع الذي يكون بصدد إبرام مؤسسة عامة اقتصادية لصفقة عمومية⁽¹⁾، وأسس مجلس الدولة قراره على المادة 59 من الأمر 67-90، والتي أقرت عدم خضوع المؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي لمقتضيات هذا الأمر المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

وأيضا القرار الصادر عن مجلس الدولة سنة 2003، والذي اعتبر فيه المجلس أن الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري هي مؤسسات ذات طابع اقتصادي، مما يجعلها غير خاضعة في نزاعاتها للجهات القضائية الإدارية⁽²⁾.

ويرى أستاذنا الدكتور عمار بوضياف أن الجهات القضائية الإدارية ستواجه إشكالات كبيرة في مجال الاختصاص وخاصة بالاعتماد على المعيار العضوي وما يتعلق بالمادة 800 من القانون رقم 08-09، والمتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية والتي اكتفت بذكر المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ولم تشر لباقي المؤسسات الأخرى؛ كالمؤسسات ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والثقافي والمهني (الجامعات والمراكز الجامعية بالرغم من أنها معنية بالالتزام بقواعد تنظيم الصفقات العمومية⁽³⁾).

الفرع الثاني: معيار الحد المالي الأدنى المطلوب في الصفقة العمومية.

وقد طبق القضاء الإداري الجزائري، وعلى قمته مجلس الدولة شرط الحد الأدنى المطلوب في إبرام الصفقة العمومية وهو بصدد النظر في المنازعات المعروضة عليه.

فقد جاء في قرار لمجلس الدولة سنة 2001، أن المقرر قانونا أن الاتفاق على الأشغال والذي تبرمه الإدارة ولا تفوق قيمته 3.000.000 د.ج ثلاثة ملايين دينار لا يكون صفقة عمومية ولا يخضع في إجراءاته في حالة النزاع إلى المادتين 99 و 100 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية⁽⁴⁾.

وأيضا قرار مجلس الدولة لسنة 2001، حيث ذهب مجلس الدولة إلى أن: " شرط الصفقة ليس ضروريا في الأشغال التي تقل قيمتها عن ثلاثة ملايين دينار 3.000.000 د.ج-اتفاق على تقديم أشغال ب

1 - قرار مجلس الدولة، بتاريخ 05-11-2002، ملف رقم 003889، قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير

السياحي للشرق، قسنطينة، مجلة مجلس الدولة، الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري، العدد الثالث، 2003، ص 109.

2 - قرار مجلس الدولة، بتاريخ 15-04-2003، الغرفة الأولى، مجلة مجلس الدولة، الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري، العدد الرابع، 2003، ص 77.

3 - أنظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 142.

4 - قرار مجلس الدولة، بتاريخ 08-10-2001، ملف رقم 004966، الغرفة الرابعة، مجلة مجلس الدولة، العدد، ص 27.

1.214.800 دينار فشرط الصفقة ليس ضروريا في الأشغال التي تقل قيمتها عن 3.000.000 د.ج⁽¹⁾. وفي قرار ثالث عن مجلس الدولة في سنة 2001، أكد المجلس على العتبة المالية بقوله: " من المقرر قانونا أن الأشغال التي تقل قيمتها على ثلاثة ملايين دينار جزائري ليس من الضروري فيها شرط عقد الصفقة والثابت في قضية الحال أن الدين ثابت باعتراف المستأنف عليها ولا نزاع فيه وأن قيمته تقل عما استوجبه القانون في عقد الصفقة وبالتالي فلا مجال للحديث عن شرط الصفقة "⁽²⁾.

ونجده طبق ذلك حرفيا في قرار صادر عنه سنة 2003، حيث نص المجلس بقوله: "إن المبلغ المحدد للحد الأدنى من أجل إبرام صفقة عمومية قد طرأ عليها عدة تعديلات بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-178⁽³⁾ والمرسوم التنفيذي 96-54⁽⁴⁾، والمرسوم التنفيذي رقم 98-87⁽⁵⁾، وأن هذا المرسوم الأخير قد حدد الحد الأدنى للمبلغ 4.000.000 د.ج أربعة ملايين دينار ومتى ثبت في قضية الحال أن إبرام اتفاقية إنجاز الأشغال بين طرفي النزاع كان بتاريخ 16-05-1998 وبقيمة 3.847.165.98 د.ج أي أقل من 4.000.000 د.ج المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 98-87 المؤرخ في 07-03-1998 وهو الواجب التطبيق في هذه الحالة فإن طرفي النزاع لم يكونا ملزمين بإبرام عقد الصفقة العمومية⁽⁶⁾.

الفرع الثالث: المعيار الشكلي.

إن القضاء الإداري الجزائري كان حازما فيما يتعلق بشرط الشكل أو الكتابة، فقد ذهب مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2001، إلى القول: " من المقرر قانونا ووفقا للمادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإنها تعتبر الصفقات العمومية عقودا مكتوبة وإنه يلزم تحت طائلة

1- قرار مجلس الدولة، بتاريخ 30-7-2001، ملف رقم 003955، الغرفة الرابعة، الفهرس 17-07، نقلا عن د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

2 - قرار مجلس الدولة، بتاريخ 30-10-2001، ملف رقم 003965، الغرفة الرابعة، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، 2001، ص 45.

3- المرسوم التنفيذي رقم 94-178، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

4 - المرسوم التنفيذي رقم 96-54، المؤرخ في 2 رمضان 1416 الموافق 22 يناير 1996، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 91-434، والمتضمن الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 06، لعام 1996.

5- المرسوم التنفيذي رقم 98-87، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

6- قرار مجلس الدولة، بتاريخ 16-12-2003، ملف رقم 011306، قضية بلدية المحمدية بولاية الجزائر وشركة (SCOAL)، الغرفة الأولى، مجلة مجلس الدولة، العدد رقم الرابع، ص 93.

البطلان أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر بما يستفاد منه أن الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية وتتعلق بالنظام العام " (1).

وبناء على القرار السابق نلاحظ أن مجلس الدولة الجزائري طبق القانون حرفيا ولم يخرج عن النص، على أساس أن المشرع اعتبر عقود الصفقات العمومية عقودا مكتوبة، فالكتابة الإدارية عنصر جوهري في الصفقة العمومية، لما تنطوي عليه هذه العقود من أهمية وخطورة في نفس الوقت، كما أن المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 10-236، والمادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 تنصان على نفس الشيء، مما يعني أن القضاء الإداري الجزائري لن يحيد عن ذلك.

المطلب الثالث: المعايير الفقهية للعقود الإدارية.

أشرنا سابقا إلى أن الفقه قد عرف العقد الإداري بأنه: " العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص".

ومن خلال هذا التعريف نستخلص أن للفقه الإداري ثلاث معايير؛ معيار عضوي، وآخر موضوعي، وثالثا معيار البند الغير مألوف في قواعد القانون الخاص.

أولاً: المعيار العضوي.

والمقصود به أن تكون الإدارة العامة طرفا في عقد الصفقة، أي أن أحد أطراف العلاقة العقدية شخص من أشخاص القانون العام (الدولة، الولاية، البلدية، والمؤسسات العامة)، ويضبطها وينظمها ويحدد نوعها وطبيعتها تشريع الصفقات العمومية، فهو المحدد لنا متى يكون هؤلاء الأشخاص العامون خاضعون للصفقات العمومية ومتى تكون غير معنية بذلك.

ولقد أثير موضوع المؤسسات والشركات المؤممة وبطبيعتها اقتصادية سواء تجارية أو صناعية إشكالات في التطبيق من طرف القضاء الإداري المصري، ولكن الراجح أن تبقى مؤسسات عامة اقتصادية تخضع للقانون الخاص كقاعدة عامة، وللقانون العام استثناء (2).

ثانياً: المعيار الموضوعي.

والمقصود بالمعيار العضوي، أن يتعلق موضوع العقد بإدارة أو تسيير مرفق عام، ويمكن تعريفه بأنه نشاط عام، ينشئه شخص علم ويشرف عليه، لتحقيق مصلحة عامة، مما يعني أن الصفقة العامة تتعلق بنشاط عام

1 - قرار مجلس الدولة، بتاريخ 14-05-2001ن ملف رقم 001519، قضية بين بلدية بوزريعة ومقاوله، الغرفة الرابعة، نقلا عن: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 139.

2- أنظر: د. حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة-المؤسسة العامة-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، 2003، ص 21.

يشرف عليه شخص عام لتحقيق مصلحة عامة، وتلبية حاجيات الجمهور.

وهو معيار مميز للصفقة العامة، حيث أن العقود التي تبرمها المرافق التجارية والصناعية لا يمكن اعتبارها عقوداً إدارية، إلا ما استثناه المشرع بأن جعل بعض المرافق العامة الاقتصادية إذا كانت ممولة كلياً أو جزئياً من طرف الدولة فإنها تخضع لشرط الصفقة العمومية.

ثالثاً: معيار استخدام امتيازات السلطة العامة (البند الغير مألوف في قواعد القانون الخاص).

إن وجود الإدارة كطرف في العقد، وكون موضوعه يتعلق بالمرافق العام، لا يكفي لأن نحكم بأنه ذو طابع إداري ونخضعه لشرط الصفقة العامة، ويكون القاضي الإداري مختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بها، بل يجب أن تظهر إرادة الإدارة في استخدام امتيازات السلطة العامة، أي تستخدم البنود الغير مألوفة في قواعد القانون الخاص (1).

إن الأشخاص العامة وهي تقوم بنشاطها لا تخضع دائماً لقواعد القانون العام، بل تخضع في بعض الأحيان لقواعد القانون الخاص متى نزلت إلى مرتبة الأفراد، أما إذا استخدمت أساليب القانون العام، وضمت عقدها بنوداً استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، كأن نصت في العقد على إمكانية فسخها للعقد بإرادتها المنفردة (2)، أو تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة، فهذا الأسلوب المتبع من طرف الإدارة في مباشرة نشاطها يدلنا على أنها تستخدم وسائل القانون العام، مما يعني أن عقدها عقد إداري يخضع للصفقة العامة إذا توافرت شروطها الخاصة بها.

بل نص المشرع الجزائي على أكثر من ذلك، بأن أعطى للإدارة حق استخدام وسائل القانون العام ولو لم ينص على ذلك في العقد، فتتظيم الصفقات العامة قد اعترف لها بذلك حينما تتبع إجراءات إبرام الصفقات العمومية حسب التنظيم المعمول به.

ولعل الغاية من منح الإدارة امتيازات القانون العام في مجال العقود الإدارية تعود إلى الاختلاف بين العقد الإداري والعقد المدني من حيث مكانة أطراف العلاقة العقدية؛ فالأصل أن يتم التعاقد بين طرفين متساويين غايته تحقيق مصلحة شخصية للطرفين في العقد المدني، بينما يتم التعاقد بين طرفين غير متساويين من حيث المصلحة المرجوة في العقود الإدارية، فالإدارة بوصفها صاحبة امتيازات السلطة العامة تهدف من خلال تعاقداتها إلى تحقيق منفعة عامة، في حين أن الطرف الثاني يهدف إلى تحقيق منفعة خاصة (3).

1 - د. محمد أنس جعفر قاسم، الوسيط في القانون العام، مطبعة أخوان مورافتي، القاهرة، 1984، ص 167.

2 - أنظر: المادة 149 و150 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مصدر سابق، وفي المادة 112، من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل، مصدر سابق.

3 - أنظر: د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 467.

المبحث الثالث: تمييز الصفقات العمومية عن بعض العقود الأخرى.

إن الصفقة العمومية عقد إداري تتبع الإدارة فيه قواعد وإجراءات خاصة، مما يعني أنه عقد فيه خصوصية بالنسبة لعقود القانون العام (العقد الإداري) هذا من جهة، ومن باب أولى فهو يختلف عن سائر العقود الأخرى في القانون الخاص؛ كالعقود المدنية والتجارية وعقد العمل، فما يكون صالحا للأفراد وهم يبتغون مصلحتهم الشخصية قد لا يكون صالحا للإدارة وهي تبتغي تقديم خدمة عامة وتحقيق منفع عام.

كما لا ننسى أن الصفقة العامة تكلف الدولة وخزینتها العامة أموالا كبيرة، الأمر الذي يجعلها تضع قواعد وإجراءات تناسب وأهمية المسألة، مما يجعلها تختلف عن تلك التي توضع في القانون الخاص لتحكم أشخاص القانون الخاص.

ومن أجل ذلك سأطرق للتمييز بين الصفقات العمومية والعقود المدنية في مطلب أول، ثم بين الصفقة العمومية والعقود التجارية في مطلب ثاني، ومطلب ثالث يكون لتمييز بين الصفقة العمومية وعقد العمل.

المطلب الأول: التمييز بين الصفقة العمومية والعقود المدنية.

تشابه العقود الإدارية عموما والصفقة العمومية خصوصا مع العقود المدنية في أن انعقادهم يتم بتوافق إرادتين، ولكن الصفقات العمومية تختلف عن العقود المدنية من عدة نواحي نجملها في:

الفرع الأول: من حيث مركز أطراف العلاقة العقدية.

إن العقد المدني تحكمه قاعدة مهمة بنيت عليها نظرية العقد مفادها؛ "العقد شريعة المتعاقدين"⁽¹⁾، فلا يجوز تعديله ولا إلغاؤه إلا بإرادة الطرفين، فراكزهم في هذا العقد متساوية، ويحتلون مرتبة واحدة، ولا امتياز لطرف على آخر، حيث لا يمكن تغليب مصلحة البائع على المشتري أو المؤجر على المستأجر أو الراهن على المرتهن.

ولكن الصفقة العمومية كونها عقد إداري يحتوي على شخص عام (إدارة عامة أو هيئة عمومية)، وجب الاعتراف لها بامتيازات السلطة العامة، من أجل تحقيق هدفها من التعاقد، وتحقيق خدمة والنفع العام، الأمر الذي يجعل مركز هذا الشخص العام يختلف عن مركز الطرف المتعاقد معه.

1 - أنظر: المادة 106 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 58-75، بتاريخ 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد رقم 78، لعام 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-07، المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية العدد رقم 31، لعام 2007.

الفرع الثاني: من حيث إجراءات إبرام العقد.

إذا أرادت الإدارة أو الجهات التي ألزمها المشرع بتقيد بشرط الصفقة العمومية أن تبدي رغبتها في التعاقد، فإنها تكون ملزمة كأصل عام بإعلام الجمهور بفتح باب المنافسة وطلب العروض بأشكاله المختلفة في جريدتين وطنيتين؛ وباللغة العربية ولغة أجنبية، وفي نشرة صفقات المتعامل العمومي BOMOP، كما تخضع في عقد الصفقة العمومية إلى إجراءات طويلة وخاصة من جهة، ولأوجه رقابية معقدة وصارمة جاء تنظيمها والنص عليها في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، رغبة من المشرع في الحفاظ على المال العام وترشيد النفقات العمومية، ولم يكتفي بذلك فقط، ذهب إلى حماية الصفقة العمومية جزائياً⁽¹⁾.

في حين أن العقد المدني يحكمه مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، فللمتعاقدين الحرية في اختيار بنود العقد واختيار الطرف المتعاقد، ولا يخضع العقد لإجراءات النشر والإشهار كأصل عام، لتعلقه بالمصالح الشخصية للأفراد.

الفرع الثالث: من حيث الهدف من العملية التعاقدية.

إن الغاية الذي تبتغيها الإدارة وهي تبرم الصفقة العمومية هي تحقيق المصلحة العامة، فعقد تموين إدارة الخدمات الجامعية بمادة معينة كاللحوم أو البيض أو الخبز أو الفواكه إنما يتم بغرض إطعام الطلبة، كما أن عقد الاشغال العامة إذا كان محله إنجاز أحياء سكنية أو طريق سيار، فالمنتفع به هم جمهور المواطنين، وهكذا حال كل الصفقات العمومية باختلاف أنواعها، نجدها ترجع في نفعها وأثرها على عامة الناس تحقيقاً للمصلحة العامة.

في حين أن الهدف من إبرام العقد المدني هو تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف العقد، فعقد الإيجار مثلاً يحقق مصلحة المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة، ومصلحة المؤجر بالانتفاع بثمن الأجار، كما أن عقد البيع أيضاً يحقق مصلحة للبائع والمشتري؛ فالبائع ينتفع بالثمن، والمشتري ينتفع بالمبيع.

الفرع الرابع: من حيث الجهة القضائية المختصة.

إن اختصاص النظر في الخصومات المتعلقة بالعقود المدنية ينعقد للقضاء العادي (محكمة، مجلس قضائي، محكمة عليا)، في حين أن اختصاص النظر في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ينعقد للقضاء الإداري كقاعدة عامة، أو لجهة أخرى يكون التشريع قد حددها.

1 - أنظر في ذلك: ما أشارت إليه المادة 26 من القانون رقم 06-01، المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد رقم 14، لعام 2006، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10-05، المؤرخ في 16 رمضان 1431 الموافق 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية العدد رقم 50، لعام 2010.

فالمشرع الجزائري قد تبني ازدواجية القانون والقضاء في ظل دستور 1996⁽¹⁾، وتجسّد تطبيق ذلك فعليا بصدر القانون العضوي رقم 01-98⁽²⁾، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، والقانون رقم 02-98⁽³⁾، والمتعلق بالمحاكم الإدارية، ثم القانون العضوي رقم 03-98⁽⁴⁾، والمتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، وهي جهات عهد إليها النظر في المنازعات الإدارية.

ليختم المشرع هذه الإصلاحات القضائية بصدر القانون رقم 09-08⁽⁵⁾، كإجراء تكميلي معلنا فيه إجراءات خاصة تحكم سير الدعوى المدنية تختلف عن إجراءات الدعوى الإدارية في جوانب عدة، مما يعكس تبني المشرع للازدواجية القضائية.

الفرع الخامس: من حيث سلطة القاضي الفاصل في النزاع.

إن القضاء الإداري كان له دور كبير في إيجاد العديد من نظريات القانون الإداري، فهو قاضي مجتهد منشئ لكثير من قواعد القانون الإداري، الأمر الذي جعل جناح من الفقه يقول: أن القاضي الإداري قاضي منشئ والقاضي المدني قاضي مطبق⁽⁶⁾.

وبناء على ما سبق فإن سلطات القاضي الإداري أوسع من سلطات القاضي المدني الذي يسيره الخصوم طبقا للبدأ القائل: "الخصومة ملك للخصوم"، في حين أن القاضي الإداري يستطيع أن يسير المنازعة المعروضة بين يديه وما يحقق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وأن يطلب من الإدارة ويأمرها بالرغم مما تملكه من امتيازات المصلحة العامة، أن تقدم وثائق تتعلق بقرارات تهم المنازعة⁽⁷⁾، وتوجيه أوامر لها تصل إلى درجة غرامات تهديدية.

1 - المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق 7 ديسمبر 1996، والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية العدد رقم 76، لعام 1996.

2- القانون العضوي رقم 01-98، المؤرخ في 30 مايو 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله الجريدة الرسمية العدد رقم 39، لعام 1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 26 يوليو 2011، الجريدة الرسمية العدد رقم 39، لعام 2011.

3 - القانون رقم 02-98، المؤرخ في 30 مايو 1998، والمتعلق باختصاصات المحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية العدد رقم 43، لعام 1998.

4 - القانون العضوي 03-98، المؤرخ في 3 يونيو 1998، والمتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية العدد رقم 37، لعام 1998.

5 - القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد رقم 21، لعام 2008.

6 - أنظر: خالد المهدى، الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018، ص 62.

7 - أنظر: المادة 819 الفقرة الثانية، القانون رقم 09-08، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر نفسه.

المطلب الثاني: التمييز بين الصفقات العمومية عن العقود التجارية.

لقد حاول المشرع الجزائري إعطاء تعريف عام للعقود من خلال النص على أحكام العقد في القانون المدني، ولكنه لم يخص العقد التجاري بتعريف خاص به، مع أنه من أهم التصرفات القانونية التجارية التي تجمع بين المتعاملين التجاريين، فأخذ هذا العقد مفهومه وأحكامه من النظرية العامة للالتزام المنصوص عليها في القانون المدني وذلك في مادة الالتزامات التعاقدية، إلى جانب بعض الأحكام الخاصة المتعلقة بالعقد التجاري والمنصوص عليها في القانون التجاري الخاص بتنظيم الحياة التجارية.

وبناء على ذلك سأحاول التمييز بين الصفقة العمومية العقد التجاري من عدة نواح أهمها:

الفرع الأول - من حيث قواعد الإثبات.

إن عقد الصفقة العمومية يتم إثباته بالكتابة الإدارية، وقد طبق مجلس الدولة الجزائري هذا الشرط حرفيا وبصرامة، حيث لم يقبل القول بوجود عقد صفقة عمومية إذا لم يكن عند المدعي عقدا مكتوبا- كما مر معنا سابقا-، وأكد المشرع على ذلك في مختلف قوانين الصفقات العمومية الجزائرية.

بينما تقوم الحياة التجارية على عنصري الائتمان والسرعة، لذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالعقود التجارية مسيرة لهاذين المبدأين، حيث نجد أن وسائل الإثبات في العقود التجارية عديدة؛ فيثبت العقد التجاري بالسندات الرسمية إضافة للسندات العرفية والفواتير المقبولة والرسائل والدفاتر التجارية وكل وسيلة عرفية مقبولة في الحياة التجارية⁽¹⁾.

الفرع الثاني - من حيث طرق الإبرام.

إن طبيعة الصفقة العمومية تفرض عليها طرق إبرام طويلة وإجراءات معقدة، وكل مخالفة لهذه الطرق الخاصة والإجراءات المحددة يترتب عليها المسؤولية الجزائية المقررة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

أما بالنسبة للعقد التجاري وطبيعته القائمة على السرعة والائتمان والأعراف التجارية، فإن سبل إبرامه وانعقاده يسيرة وتتم بسهولة لكيلا تضع حقوق التجار وتعاملاتهم.

الفرع الثالث - من حيث الجهة القضائية المختصة.

ذكرنا سابقا أن القضاء الإداري هو المختص في منازعات العقود الإدارية ومنها عقد الصفقات العمومية، كما أن القضاء العادي هو الجهة القضائية المختصة في منازعات العقود المدنية ومنها العقود التجارية.

1 - أنظر: المادة الثلاثون من الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، والمتعلق بالقانون التجاري، الجريدة الرسمية العدد رقم 78، لعام 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 15-20، المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق 30 ديسمبر 2015، الجريدة الرسمية العدد رقم 71، لعام 2015.

ولقد نصت المادة 533 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على مايلي: " يتشكل القسم التجاري من قاض رئيسا ومساعدين ممن لهم دراية بالمسائل التجارية، ويكون لهم رأي استشاري، يتم اختيار المساعدين وفقا للنصوص السارية المفعول"⁽¹⁾.

بينما نجد أن المحكمة الإدارية النازرة في عقد الصفقة تتشكل من قضاة فقط برتبة مستشار لدى المجلس القضائي⁽²⁾.

المطلب الثالث: التمييز بين الصفقة العمومية وعقد العمل.

إن عقد العمل هو تلك الاتفاقية بين صاحب العمل والعامل، تبين الحقوق والواجبات المطلوبة من العامل، والحقوق والواجبات المطلوبة من صاحب العمل، لمدة محددة أو غير محددة، مقابل أجر معين ومحدد سلفاً.

ولقد خص المشرع الجزائري المجتمع العمالي بقواعد خاصة تمثلت في التشريع العمالي، حيث نتطرق إليه في القانون رقم 90-11، في المادة التاسعة بقوله: " يتم عقد العمل حسب الأشكال التي تتفق عليها الأطراف المتعاقدة"⁽³⁾، كما يرجع فيه للقواعد العامة للتعاقد المنصوص عليها في القانون المدني⁽⁴⁾.

ثم عرفه الفقه بقوله: " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص بوضع نشاطه في خدمة شخص آخر وتحت إشرافه مقابل أجر"⁽⁵⁾.

واعتمادا على التوضيحات السابقة يمكننا القول إن الصفقة العمومية قد يكون موضوعها خدمة، كما هو الحال في عقد العمل فإنه ينصب على خدمة مقدمة من العامل لصاحب العمل، إلا أن الصفقة العمومية تبقى مختلفة عن عقد العمل من زوايا عديدة أهمها:

الفرع الأول: من حيث عنصر الشكل.

من خلال القانون رقم 90-11 السالف الذكر، في مادته الثامنة التي نصت على: " تنشأ علاقة العمل بعقد مكتوب أو غير مكتوب وتقوم هذه العلاقة على أية حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما وتنشأ عنها حقوق المعنيين وواجباتهم وفق ما يحدده التشريع والتنظيم والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية وعقد العمل"، فنجد

1 - القانون رقم 08-09، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

2 - أنظر: المادة الثالثة من القانون رقم 98-02، والمتعلق بالحكام الإدارية، مصدر سابق.

3 - القانون رقم 90-11، المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق 21 أبريل 1990، والمتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد رقم 17، لعام 1990.

4 - أنظر: المادة 54 وما بعدها من القانون 75-58، والمتعلق بالقانون المدني، مصدر سابق.

5 - أنظر" د. بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل وعلاقات العمل الفردية والجماعية، دار ربحانة، الجزائر، 2002، ص50.

أن عقد العمل لا تشترط فيه الكتابة على سبيل الإلزام، بل حتى في حالة انعدام عقد عمل مكتوب يفترض أن تكون علاقة العمل قائمة (1) لمدة غير محدودة، في حين أنها لازمة في الصفقة العمومية.

الفرع الثاني: من حيث طرق إبرام وقواعد الرقابة.

إن عقد العمل يختلف أيضا عن الصفقة العمومية في طرق إبرامه، فنجد أن عقد يقوم على توافق الإرادتين بين العامل وصاحب العمل، وبعد ذلك تكون طرق إبرامه في وقت وجيز، وفق إجراءات بسيطة وغير معقدة، حيث تنص المادة التاسعة من القانون 90-11، والمتعلق بعلاقات العمل على أنه: " يتم عقد العمل حسب الأشكال التي تتفق عليها الأطراف المتعاقدة"، على خلاف طرق إبرام الصفقة العمومية فهي محددة من طرف التشريع ومعقدة وإجراءاتها طويلة.

وأيضا من حيث قواعد الرقابة في عقد العمل نجد أنها تتم عن طريق أطر رقابية خاصة، وبأجهزة عادية كأجهزة المشاركة (2)، أو مفتشيات العمل، أو باللجوء للقضاء العادي عند اللزوم، على خلاف الرقابة المطبقة على الصفقات العمومية فهي بلجان عديدة، وتكون قبلية وبعدية بإجراءات صارمة، سوف نتطرق لها عند الحديث عن أساليب الرقابة على الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: من حيث قواعد الاختصاص القضائي.

تخضع نزاعات العمل للأجهزة القضائية العادية، بينما تخضع المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية للأجهزة القضائية الإدارية.

وكما ذكرنا سابقا فإن المحكمة الإدارية تتشكل من القضاة فقط، ولا تحتاج لإجراءات سابقة على اللجوء للقضاء، في حين أن منازعات العمل تمر وجوبا على مكاتب المصالحة من أجل الصلح قبل الذهاب للقضاء هذا من جهة، ومن جهة ثانية تنص المادة 502 من القانون رقم 08-09 والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن منازعات العمل تعرض على مستوى المحكمة الابتدائية في القسم الاجتماعي، وتتشكل هذه المحكمة من قاض رئيسا ومساعدين.

1- أنظر: المادة 11 من القانون رقم 90-11، والمتعلق بعلاقات العمل، مصدر سابق.

2 - أنظر: المادة 91 وما بعدها من القانون 90-11، والمتعلق بعلاقات العمل، مصدر سابق.

الفصل الثاني: المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

إن للصفقات العمومية مبادئ عامة تحكمها على اختلاف أنواعها، جاء تكريسها في تشريعات الصفقات العمومية بصفة ضمنية، فنجدها في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250، ثم تم التكريس الفعلي لها بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 08-338⁽¹⁾، والتأكيد عليها في أحكام المرسوم الرئاسي 10-236، وأخيراً المرسوم الرئاسي رقم 15-247، في مادته الخامسة بالنص على: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

وانطلاقاً من جعل المشرع هذه المبادئ عامة لكل الصفقات، فإن عدم احترام الإدارة لها يعرضها للمساءلة من جانب الجهة الوصائية، أو أجهزة الرقابة الداخلية أو الخارجية للصفقات العمومية.

وعليه سنتناول شرح هذه المبادئ شرحاً نظرياً موجزاً، ونترك بيانها العملي لما تبقى من فصول هذه المطبوعة، لأن المشرع قد كرس هذه المبادئ في مجموع أحكام تنظيم الصفقات العمومية.

وتفصيل هذه المبادئ الثلاث يكون بيان مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في مبحث أول، ثم مبدأ المساواة بين المترشحين في مبحث ثاني، ليكون المبدأ الثالث والمتمثل في مبدأ شفافية الإجراءات في مبحث ثالث.

المبحث الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

إن اللجوء للمنافسة ركن من الأركان التي يقوم عليها نظام اقتصاد السوق القائم على تعدد العروض لتعدد الطلبات مما يعني حرية اقتصادية، ولا يمكن تصور وجوده في نظام ينكر الحرية الفردية.

والمقصود بحرية الوصول للطلب العمومي؛ هو فتح المنافسة للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتوافر فيهم الشروط المطلوبة للمشاركة بأن يتقدموا بعروضهم أمام المصلحة المتعاقدة المعنية بإبرام الصفقة العمومية محل الإعلان المنشور، وفق الشروط والكيفيات المحددة في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة⁽²⁾.

فالمصلحة المتعاقدة إذن؛ يجب عليها أن تقف موقف المحايد تجاه المتنافسين، لتحقيق الحرية المنشودة في

1- المرسوم الرئاسي 08-338، المؤرخ في 26 شوال 1429 الموافق 26 أكتوبر 2008، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 62، لعام 2008.

2 - أنظر في ذلك:

- GIBAL Michel, "Le nouveau code des marchés publics, une réforme composite", **la semaine juridique**, Juris classeur périodique, édition général, №16-17, Paris, 2004, P722

ولكن هذا المبدأ أيضا لا يعني أن المصلحة المتعاقدة تكفل حق المشاركة للجميع، بل يمكنها أن تضع ما تراه مناسباً من قيود تتعلق بالصفقة لتحقيق المصلحة العامة، طالما أن هذه القيود مرتبطة ومذكورة إجمالاً في الشروط المعلن عنها في إعلان الصفقة، وتفصيلاً في دفتر الشروط الخاص بها.

ونظراً لأهمية هذا المبدأ فقد وضع المشرع من الضمانات ما يضمن تجسيده وتطبيقه على أرض الواقع، مبيناً أيضاً الاستثناءات التي تجعل المصلحة المتعاقدة قادرة على مخالفة مقتضيات هذا المبدأ، والاستثناء كما هو معلوم تأكيد للقاعدة لا نفي لها.

المطلب الأول: ضمانات وجوب الإشهار والإعلان تحقيقاً لمبدأ حرية الوصول للطلب العمومي.

ومن بين هذه الضمانات المتعلقة بحرية الوصول للطلب العمومي، أن تتبع المصلحة المتعاقدة إجراءات الإشهار وألا تكون الصفقة سرية، بأن يكون الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي الذي ورد بصيغة الإلزام ضمن أحكام المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي نصت على: "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات التالية: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء"، وذلك حتى يتمكن العارض من تقديم عرضه تحقيقاً لمبدأ الوصول لحرية الطلب العمومي والمنافسة النزيهة، ثم تتولى المصلحة المتعاقدة تقييم العروض.

فالإعلان إذن إجراء شكلي جوهري تلزم المصالح المتعاقدة بمراعاته في كل أشكال الصفقات العمومية الوطنية أو الدولية، ويتم نشر الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي "BOMOP"، ويتم الأمر عملياً عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ANEP المكلفة بعملية النشر في الصحف الوطنية، وذلك بصفة وجوبية⁽²⁾، وهو ما أكدته المادة 66 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

كما نصت المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على ضرورة نشر الإعلان المتعلق بطلب العروض ضمن جريدتين يوميتين وطنيتين وموزعتين على المستوى الوطني، وأن يتم تحرير الإعلان باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.

1 - وهو مبدأ من المبادئ الدستورية المهمة، والمعلن عنها في دستور 2016 في مادته الثالثة والأربعون، بقولها: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون.... يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة"، بموجب القانون رقم 16-01، المؤرخ في 26 جمادى الثانية 1437 الموافق 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد رقم 14، لعام 2016.

2 - د. تياب نادية، مادة قانون الصفقات العمومية، مطبوعة جامعية، ماستر 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد ميرة، بجاية، 2014، ص 8.

وبناء على ما سبق فإن الأمر يستلزم الإقرار بمسؤولية المصلحة المتعاقدة جزائيا وإداريا عند مخالفتها لقواعد الإشهار والمنافسة؛ حيث نصت المادة التاسعة من القانون رقم 06-01 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بقولها: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- الاعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".

وتأسيسا على ذلك؛ فكل من له مصلحة في إبرام الصفقة، وكان متضرر من إخلال المصلحة المتعاقدة بأحد هذه الإجراءات، أن يخطر المحكمة الإدارية ⁽¹⁾ قبل إبرام الصفقة، إذا كانت الصفقة ستبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي.

إن حرية الوصول للطلب العمومي والمنافسة الشريفة وإن كان مبدأ مهما كرسه المشرع، إلا أن تطبيقه لا يكون على إطلاقه وبصورة عامة ودائمة، حيث نجد في بعض الحالات أن المصلحة المتعاقدة تكون مضطرة لعدم تطبيقه واحترامه، ولا يعد ذلك إخلالاً بالمبدأ يوجب المساءلة.

وتكون المصلحة المتعاقدة معتمدة في ذلك إما على نص قانوني، أو على أسباب عملية بأن تحدد المصلحة المتعاقدة بعض الشروط التي تجعل المنافسة محصورة في فئات محددة.

فقد يكون الامتناع لقيود يفرضها المشرع، مما ينتج عن إعمالها منع المعنيين بها من المشاركة في الصفقات العمومية، ومن ذلك ما جاءت به المادة 62 من الأمر رقم 96-31 ⁽²⁾، والتي تقضي بأن: "يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية لمدة عشر سنوات (10 سنوات)، كل شخص حكم عليه بمقرر قضائي نهائي يثبت تورطه في الغش الجبائي".

1- أنظر: المادة 946 من القانون رقم 08-09، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

2 - الأمر رقم 96-31، المؤرخ في 19 شعبان 1417 الموافق 30 ديسمبر 1996، المتضمن قانون المالية لسنة 1997، الجريدة الرسمية العدد رقم 85، لعام 1996.

كما أنه يحق للمصلحة المتعاقدة أن تفرض بعض الشروط الخاصة بالصفقة، خاصةً عندما يتعلق الأمر بالقدرة المالية والفنية، فلها الحق في استبعاد الأفراد الذين يثبت عدم مقدرتهم على أداء الأعمال المطروحة في طلب العروض، وهذا ما يفسر وجوب تقديم شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين من قبل المؤسسات التي ترغب في إنجاز صفقات عمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أحياناً، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 93-289⁽¹⁾.

كما تشترط المصلحة المتعاقدة أحياناً ضرورة الحصول على ترخيص مسبق، إذا تعلق الأمر بالمهندسين أو الخبراء من أجل إبرام صفقات الدراسات مع إحدى المصالح التابعة للوزارات المكلفة بالسكن وال عمران والأشغال العمومية والموارد المائية، وذلك تطبيقاً لنص المادة الأولى والسابعة من المرسوم التنفيذي رقم 652-68⁽²⁾.

المبحث الثاني: مبدأ المساواة بين العارضين.

إن المصلحة المتعاقدة يجب عليها أن تقف موقف المحايد تجاه العارضين، فالمتعامل العمومي ينظر للطلبات والعروض المقدمة كأصل عام على قدم المساواة بلا تفضيل ولا تمييز، إلا في الحدود التي رسمها المشرع وقيده بها، وهذا تحقيقاً وتكريساً لمبدأ عام يتعلق بالصفقات العمومية ويتمثل في مبدأ " المساواة بين المترشحين أو العارضين".

وكما ذكرنا سابقاً أن مبدأ المنافسة النزهاء، من المبادئ التي كرسها تنظيم الصفقات العمومية، فإنه لن يجد صداه وفعاليته قانوناً وواقعاً، إلا إذا تم دعمه بمبدأ المساواة بين العارضين، والذي يعني، بأن كل من يحق له المشاركة في الصفقات المعلن عنها، أن يتقدم على قدم المساواة مع باقي العارضين دون تفضيل أو تمييز لعارض على آخر⁽³⁾.

ولقد نصت جميع الدساتير الجزائرية على مبدأ المساواة بمعناه العام المنافي للتمييز والتفريق بين المواطنين

1 - مرسوم تنفيذي رقم 93-289، مؤرخ في 14 جمادى الثانية 1414 الموافق 28 نوفمبر 1993، والمتعلق بالوجوب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن يكون لها شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين، الجريدة الرسمية العدد رقم 79، لعام 1993، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 114-05، الجريدة الرسمية العدد رقم 26، لعام 2005.

2 - المرسوم التنفيذي رقم 652-68، المؤرخ في 26 7 شوال 1388 الموافق 26 ديسمبر سنة 1968، يتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقوداً أو صفقات تتعلق بالدراسات، الجريدة الرسمية العدد رقم 2، لعام 1969، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 02-176، مؤرخ في 7 ربيع الأول 1423 الموافق 20 ماي 2002، الجريدة الرسمية العدد رقم 37، لعام 2002.

3- أنظر: د. تياب نادية، مادة قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 11.

في جميع النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية⁽¹⁾، كما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته السابعة⁽²⁾، ولذلك جعلته تشريعات الصفقات العمومية الجزائرية مبدأ عاما للصفقة العمومية، ومكرسا في المساواة للمنتفعين من خدمات المرفق العام، والمساواة في الالتحاق بالوظيفة العامة، وفي تحمل الأعباء العامة من ضرائب ورسوم.

وعليه فعلى المصلحة المتعاقدة أن لا تعتمد إلى وسائل التمييز بين العارضين، كما لا يحق لها أن تعط امتيازات أو تضع عقبات أمام المترشحين، سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية⁽³⁾، كأن تضع دفتر شروط يناسب عارضا بعينه بهدف توجيه الصفقة إليه، أو تقبل عرضا وتستبعد آخر خارج القواعد المعلن عنها في إعلان الصفقة ودفتر شروطها⁽⁴⁾، كما يحق أيضا لكل مترشح أن يستخدم طرق الطعن المكفولة قانونا، إذا تم الإخلال بمبدأ المساواة.

كما أن هذا المبدأ العام الذي يحكم الصفقة العمومية لا يعمل على إطلاقه وعمومه، بل له هو أيضا استثناءات ذكرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ويمكن ذكر بعضها في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تخصيص أفضلية للمنتوج الوطني والمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

إن المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية الأخير، وهو يسعى لإحداث التوازن بين مبدأ حرية المنافسة والنزاهة وترقية وحماية المنتوج الوطني، منح هذا الأخير ميزة إضافية في التقييم سماها: هامش الأفضلية، ذكرها في الفصل الثالث في القسم السابع بعنوان: "ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج".

وقد أحسن المشرع صنعا في ذلك، خاصة وأن التعامل الأجنبي عموما أقوى من التعامل الوطني فهذه الفرصة أو المنحة تجعله في مرتبة متكافئة إلى حد ما مع التعامل الأجنبي هذا من جهة، ومن جهة ثانية فيها تشجيع للاستثمار والمستثمر الوطني بمساعدته في إثبات وجوده في الحياة الاقتصادية، وهو إجراء وتوجه قديم ومعمول به في كثير من الأنظمة القانونية⁽⁵⁾.

فقد نصت المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على مايلي: "يمنح هامش للأفضلية بنسبة

1 - آخرها الدستور الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 16-01، في مادته الثانية والثلاثون وما بعدها، مصدر سابق.

2 - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: هو وثيقة حقوق دولية تمثل الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة 10 ديسمبر 1948 في قصر شايو في باريس. الإعلان يتحدث عن رأي الأمم المتحدة عن حقوق الإنسان المحمية لدى كل الناس.

3 - NICINSKI Sophie, BINCZAK Pascal, , Droit administratif des biens, Guilin éditeur, Paris, 2004, P114.

4 - أنظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 81-82.

5 - أنظر في ذلك: جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 155.

(25 %) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/ أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية راس مالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 أعلاه...

فلاحظ أن المشرع قد منح نسبة أفضلية للمنتجات ذات المنشأ الجزائري، أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، وذلك في جميع أنواع الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: تخصيص أحكام خاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

ونجد أيضا المشرع الجزائري قد سلك نفس المسلك ومنح تخصيص جديد، لفئة من فئات المؤسسات، دعما لها من أجل إثبات نفسها ووجودها في الحياة الاقتصادية مع قلة إمكانياتها وقدراتها، فجاءت المادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حاملة تحفيزات لهذه المؤسسات بقولها: ".... عندما تصدر المصلحة المتعاقدة دعوة للمنافسة وطنية أو دولية مع مراعاة حالات الاستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم، فإنه يجب عليها حسب الحالة أن:

- تأخذ بعين الاعتبار عند إعداد شروط التأهيل ونظام تقييم العروض إمكانيات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ولا سيما منها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، للسماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، في ظل احترام الشروط المثل المتعلقة بالجودة والكلفة وآجال الانجاز.
- تعطي الأفضلية للاندماج في الاقتصاد الوطني وأهمية الحصص أو المنتجات التي تكون محل مناقلة أو اقتناء في السوق الجزائرية..."

فلاحظ أن المشرع قد نص على مراعاة إمكانياتها عند وضع شروط التأهيل، وأيضا السماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، كما أعفاها من تقديم الحصيلة السنوية إذا كانت منشئة حديثا، ويكفي وثيقة البنك التي تبين وضعها المالي، كما تعفى من تقديم المؤهلات المهنية اللازمة للصفقة المعنية⁽¹⁾. وعليه فلا تستطيع المصلحة المتعاقدة انطلاقا من أحكام هذا المرسوم أن ترفع سقف المنافسة لتضع شروطا استثنائية، لأن مثل هذه الشروط ستؤثر على هذا النوع من المؤسسات، مما قد يكون سببا في اندثارها واختفائها من الواقع الاقتصادي الجزائري، فكان موقف المشرع حكيما وداعما للاقتصاد الوطني.

المبحث الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات.

إن مفهوم الشفافية من المفاهيم المتطورة والحديثة في المجال الإداري، وقد أخذت بها المنظمات الإدارية في العالم لما لها من دور في معالجة المشاكل الإدارية المتعددة من جهة، ولديناميكيته في إحداث تنمية إدارية شاملة تهدف لقيام إدارة ناجحة ومتطورة من جهة ثانية.

1 - أنظر: المادة 87 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

إن الشفافية عكس السرية والغموض؛ وهي وسيلة فعالة لمكافحة الفساد وتحقيق التنمية والتطور والحكم الرشيد.

الشفافية لغة؛ هي من الفعل "شف" كقولهم: شف الثوب إذا رق حتى يصف جلد لابس، والشفُّ والشفُّ: الثوب الرقيق ما يرى وراءه⁽¹⁾.

وإذا أردنا تعريفها اصطلاحاً نظراً للمجال المراد تعريف الشفافية فيه، وقد كانت لها تعريفات عديدة في مجالنا ومنها: "هي عملية وضوح ما تقوم به المؤسسات العامة، ووضوح علاقاتها مع المواطنين، بأن تكون إجراءاتها تتميز بالعلانية المؤدية لتحقيق الغايات والأهداف المرجوة، سواء كان ذلك في المؤسسات الحكومية أو غير الحكومية"⁽²⁾، فن حق المواطنين أن يعرفوا كل المسائل المتعلقة بمراكزهم القانونية، وعلى الإدارة أن تكون معهم صريحة في المعلومات التي تخصهم، ولا تذر بحجة السر المهني إلا في الحدود التي رسمها القانون.

إن أهمية مبدأ الشفافية في التنظيم الصفقات العمومية لا يمكن حصره في جانب أو مظهر واحد متعلق بالصفقة العمومية، ذلك أنه أحد آليات مكافحة الفساد، وهو أهم الدعائم التي تقوم عليها التنمية الشاملة والمستدامة⁽³⁾، لذلك حرص المشرع على تثبيت مبدأ الشفافية ضمن المبادئ العامة لتنظيم الصفقات العمومية في المرسوم رئاسي رقم 15-247⁽⁴⁾، وليبين لنا أن مبدأ الشفافية يدعم المبادئ العامة الأخرى لتنظيم الصفقات العمومية، سواء من حيث مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (حرية المنافسة)، أو مبدأ المساواة في معاملة المترشحين العارضين.

ولذلك قسمت هذا المبحث لمطلبين تمثلاً في؛ مبدأ الشفافية ودعمه لمبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة في مطلب أول، ثم إحداث البوابة الإلكترونية للصفقة العمومية تكريساً لمبدأ الشفافية في مطلب ثاني.

المطلب الأول: مبدأ الشفافية ومبدأ حرية المنافسة.

عرف الدكتور عمار عوابدي مبدأ المنافسة العامة بأنه: "إفساح المجال إلى جميع الأفراد والأشخاص الذين يهمهم أمر المناقصات والمزايدات العامة والذين تتحقق فيهم الشروط"⁽⁵⁾، مما يعني إعطاء الحق لكل من تتوفر فيهم الشروط أن يتقدموا بعروضهم والتنافس من أجل التعاقد مع أحدهم.

1 - ابن منظور. لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، 1982، ص 101.

2 - د. سعيد علي الراشدي، الإدارة بالشفافية، الطبعة الأولى، دار كنوز للمعرفة، عمان، 2008، ص 15، وانظر: فائزة عماديدة، مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي، 2013، ص 13.

3 - أنظر: خالف وليد. دور المؤسسات الدولية في ترشيد الحكم المحلي، رسالة ماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2009، ص 27.

4 - أنظر: المادة الخامسة من الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

5 - د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 202.

والشفافية آلية من آليات التحقق من عملية إبرام الصفقة العمومية وأنها قد تمت وفقا للمعايير والقواعد المنصوص عليها قانونا والمعلن عنها في الصفقة العمومية، وبإخطار المصلحة المتعاقدة لأصحاب الشأن برغبتها

في التعاقد وفق شرط الصفقة العمومية، وأنها تفتح مجال التنافس للعارضين في جو من المصداقية والنزاهة، يوقع عليها التزام الإعلان عن طلبات عروضها تكريسا للشفافية والمنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين، ويعتبر الإعلان إجراء شكلي جوهري، تلزم الإدارة بمراعاته⁽¹⁾.

والمقصود بالإعلان إيصال العلم الى جميع الراغبين بالتعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة، ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال طلبات العروض، فالعلانية من شأنها إضفاء الشفافية على العمل الإداري.

كما ألزم المرسوم الرئاسي السالف الذكر وبالتحديد المادة 65 منه الإدارة بالإعلان ع طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة، وفي جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، مع جواز الإشهار المحلي بالنسبة لطلبات العروض المتعلقة بالولاية والبلدية، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي⁽²⁾.

كما ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بإخطار العارضين بتاريخ وساعة فتح الأظرفة، والتي تكون في جلسة علنية بحضور كافة المترشحين أو ممثليهم، ويتم إخبارهم بذلك مسبقا⁽³⁾.

كما أضاف المشرع الجزائي وسيلة أخرى تسمح بالتقدم إلى الأمام في تكريس مبدأ الشفافية في إبرام الصفقة العمومية؛ وهي وسيلة الإعلان بالطريقة الإلكترونية بالنص عليه في المرسوم رئاسي رقم 15-247، في الفصل السادس بعنوان "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"، حيث نجد أن المادة 203 منه تنص على: "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، كل فيما يخصه، ويحدد في هذا المجال قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بتكنولوجيات الإعلام والاتصال صلاحيات كل دائرة وزارية، يحدد محتوى البوابة وكيفية تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"⁽⁴⁾.

1- أنظر: المادة 61 و65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

2 - أنظر: المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

3 - أنظر: المواد 64، 66، 70، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

4 - وفعلا صدر قرار عن وزارة المالية، المؤرخ في 23 محرم 1435 الموافق 17 نوفمبر 2014، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية - بعدما نص عليها المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 10-236-، الجريدة الرسمية العدد رقم 21، لعام 2014.

كما أن الشفافية من جهة أخرى، تعتبر آلية مهمة في مكافحة الفساد المالي والإداري، فالحجابه أو الرشوة مثلا مظهران من مظاهر الفساد المتفشية في قطاع الصفقات العمومية، حيث تتم في سرية وبعيدا عن أعين الناس حين تغيب الشفافية.

المطلب الثاني: دور البوابة الإلكترونية للصفقة العمومية في تكريس مبدأ الشفافية.

إن المشرع الجزائري حرص على ضمان تنظيم فعال للصفقة العمومية من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمتضمن تنظيم الصفقة العمومية وتفويضات المرفق العام، وتكريسا لمبدأ الشفافية ومواكبة التطور التكنولوجي الذي يعيشه العالم، عمل على جعل الاتصالات وتبادل المعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية إلكترونيا، وهذا من خلال استحداثه للبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية⁽¹⁾.

ثم صدر قرار من وزارة المالية يحدد محتوى هذه البوابة، وكيفية تسييرها، وكذا كيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين⁽²⁾.

وفي الحقيقة كان من المفترض أن تكون هذه البوابة قد دخلت حيز التنفيذ من وقت طويل ولكن للأسف الشديد لازالت قيد التأسيس حتى الآن، وذلك استنادا للواقع الرسمي لوزارة المالية⁽³⁾.

وقد بين لنا المشرع الهدف الذي يرجوه من هذه البوابة؛ وهو السماح بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية، وكذلك إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية⁽⁴⁾، كما بين لنا أيضا محتواها فيما نصت عليه المادة الثالثة من القرار الوزاري بقولها: "تضمن البوابة نشر المعلومات والوثائق التالية:

- النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية.
- الاستشارات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية.
- قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.
- قائمة المتعاملين الاقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية.
- البرامج التقديرية لمشاريع المصالح المتعاقدة وقوائم الصفقات العمومية أثناء السنة المالية السابقة وكذا أسماء المؤسسات أو تجمعات المؤسسات المستفيدة منها.
- تقارير المصالح المتعاقدة المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية.

1 - المرسوم الرئاسي 10-236، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق، الملغى بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سابق.

2- قرار من وزارة المالية، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية - بعدما نص عليها المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مصدر سابق.

3 - موقع وزارة المالية، 02-12-2019، الساعة: 13:25، **En construction** Site web des marchés publics

4 - أنظر: المادة الثانية من قرار وزارة المالية، المصدر نفسه.

- قائمة المؤسسات التي سحبت منها شهادة التصنيف والكفاءة.
- الأرقام الاستدلالية للأسعار.
- كل وثيقة أو معلومة لها علاقة بموضوع البوابة"، فأراد المشرع حقيقة أن يحقق الثقافة القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الوطنيين أو الأجانب، إضافة لكل مهم بهذا المجال من رجال القانون كالقضاة والمحامين والباحثين وغيرهم.
- وأناط المشرع تسيير هذه البوابة لوزارة المالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، وهذا أمر منطقي عند تعلقه ببوابة إلكترونية، حيث ينبغي الاستعانة بخدمات الوزارة المسؤولة عن خدمات تكنولوجيات الإعلام والاتصال، ولكن المادة 203 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، قد جعلت تحديد محتوى البوابة بقرار من وزير المالية، وأحالت المادة 204 من نفس المرسوم إلى قرار وزاري سيصدر مبينا كفاءات التعامل الإلكتروني.
- وبناء على ما سبق فإن تجسيد هذا المشروع الإلكتروني على أرض الواقع وجعله فعالاً، سيدعم مبدأ الشفافية ويزيده تكريساً في مجال الصفقات العمومية، خاصة وأنه سيكون ملماً بكل صغيرة وكبيرة تتعلق بالصفقات العمومية من حيث المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين الوطنيين والأجانب، خاصة وأن البوابة ستضمن ممارسة الوظائف التالية:
- تسجيل المصالح المتعاقدة: والهدف من ذلك هو إحصاء جميع المصالح المتعاقدة التي ستبرم الصفقات العمومية، ومضمون هذه الصفقات وإيداع دفاتر الشروط الخاصة بها.
- تسجيل المتعاملين الاقتصاديين: والهدف من ذلك هو إحصائهم، وتسهيل التعرف على عليهم وبالتالي معرفة العدد الأكبر من المتعاملين الاقتصاديين المنوعين والمقصين من المنافسة.
- بحث متعدد المعايير: لبيان المعايير الأساسية المطبقة في إبرام الصفقات العمومية؛ وهي غالباً إما المعيار المالي أو التقني أو غيرها من المعايير المحددة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- التنبيه عن المستجدات: إن الإدارة العامة وهي تسعى لتلبية حاجيات الجمهور وتحقيق المصلحة العامة، وذلك أمر متطور باستمرار، جعلت للمصلحة المتعاقدة وهي تسعى لتحقيق ذلك، هذه البوابة من أجل إبراز آخر المستجدات والتطورات، ليعلم بها الجميع ويتم العمل على تحقيقها⁽¹⁾.
- تحميل الوثائق: وهي وظيفة عهدت للبوابة الإلكترونية بغرض تحميل وإدخال جميع الوثائق المرتبطة بمجال الصفقات العمومية.

1- أنظر: د. حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص163.

- التعهد عن طريق البوابة: وهو ضمان قانونية أوجدها المشرع الجزائري وضمنها إما في دفتر الشروط أو في البنود التعاقدية للصفقات العمومية، وذلك لتسهيل الحصول والاطلاع عليه من قبل المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين.
- تيسير تبادل المعلومات بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين: وذلك من أجل اختصار الوقت وتسهيل الإجراءات وسرعة الاطلاع عليها في مجال الصفقات العمومية.
- ترميز الوثائق: بوضع رموز أو علامات غير معروفة، تجعل المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير، محافظة على سرية بعض الوثائق الخاصة.
- تاريخ وتوقيت الوثائق: فن وظائف البوابة أنها ستحدد تاريخ ووقت وصول الوثائق المقدمة في مجال الصفقات العمومية، الأمر الذي سيسهل عملية الاطلاع على الوثائق وتوثيقها.
- التمرن على التعهد الإلكتروني: وهو من الإجراءات البسيطة التي يقوم بها المتعاقد مع الإدارة.
- الإمضاء الإلكتروني للوثائق: وهو إجراء جديد ومهم في هذه البوابة، لما فيه من تسهيل للإجراءات وإبرام الصفقات العمومية.
- وكل وظيفة أخرى ضرورية للسير الحسن للبوابة⁽¹⁾.

1 - أنظر: المادة الرابعة من قرار وزير المالية المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، مصدر سابق.

الفصل الثالث: أنواع الصفقات العمومية وطرق إبرامها.

إن المشرع الجزائري في المادة الثانية والمادة التاسعة والعشرون من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 قد نص على أربعة أنواع من العقود، إذا توجهت إرادة الإدارة لإبرام أحدها وتوفر الحد المالي المطلوب فإنها تكون خاضعة لتنظيم الصفقات العمومية، من حيث طرق وإجراءات إبرامها، ومن حيث طرق الرقابة وتنفيذها، ومن حيث تسوية منازعاتها.

كما بين المشرع الجزائري بموجب احكام المرسوم الرئاسي 15-247، في الفصل الثالث طرق إبرام الصفقات العمومية، بأن أفرد لها أحكاما واجبة التطبيق على كل المصالح الإدارية المتعاقدة والمعنية بهذا التنظيم، فحددت المادة 39 من القسم الأول بهذا المرسوم كفاءات إبرام الصفقات العمومية.

إن الصفقات العمومية وإن كان المشرع قد حصرها في أربعة أنواع في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إلا أن هذا المرسوم قد ذكر عقود إدارية أخرى بعنوان: " تفويضات المرفق العام "، عرفها وحدد أنواعها وطرق إبرامها في المرسوم التنفيذي 18-199⁽¹⁾.

لذلك قسمت هذا الفصل لمبحثين؛ جعلت الأول لبيان أنواع الصفقات العمومية، ثم مبحث ثاني لطرق إبرامها.

المبحث الأول: أنواع الصفقات العمومية.

إن المتتبع للتشريعات المتعلقة بالصفقات العمومية من الأمر رقم 67-90، إلى آخر مرسوم رئاسي لعام 2015 يجدها تذكر أربعة أنواع للصفقات العمومية في الغالب، ثم جاءت المادة الثانية والمادة التاسعة والعشرون من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤكدة هذا التقسيم الرباعي لأنواع الصفقات العمومية متمثلة في:

- صفقة إنجاز الأشغال العامة.
- صفقة اقتناء اللوازم.
- صفقة تقديم الخدمات.
- صفقة إنجاز الدراسات.

غير أن المشرع قد ينص على أنواع أخرى من العقود، يضمنها تشريعات وتنظيمات أخرى، ويخضعها بصريح النص لتنظيم الصفقات العمومية، كما قد يضع لها نصوصا وتنظيمات خاصة تحرر بها من تنظيم

1- المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في

الصفقات العمومية، كعقود التأمين والنقل والتزويد بالماء والكهرباء والغاز وطريقة توصيلها للجمهور، الأمر الذي يجعلنا نقول؛ إن العقود الإدارية تخضع لأنظمة قانونية مختلفة من حيث طبيعتها. وبناء على ذلك جعلت هذا المبحث أربعة مطالب تمثلت في:

مطلب أول متعلق بصفقة إنجاز الأشغال العامة، ومطلب ثاني متعلق بصفقة اقتناء اللوازم، ثم مطلب ثالث متعلق بصفقة تقديم الخدمات، لنختتمها بمطلب رابع متعلق بصفقة إنجاز الدراسات.

المطلب الأول: صفقة إنجاز الأشغال العامة.

كانت هذه الصفقة تسمى سابقا بصفقة الأشغال العامة إلا أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 قد أوردتها بعنوان "إنجاز الأشغال"، ومن خلال تصفحنا لكل قوانين الصفقات العمومية الجزائية بداية من الأمر 67-90 حتى المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نجد أن المشرع اعتبر عقد الأشغال العمومية صفقة ثابتة في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية المتلاحقة هذا من جهة، ومن جهة ثانية أنه لم يضع تعريفا لهذه الصفقة منذ 1967 حتى 2010، حتى جاء المرسوم 15-247 فحدد هدفها ومجالها.

كما أن هذه الصفقة تستمد أساسها القانوني من نص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 حين عرفت الصفقة العمومية وقد مر معنا سابقا، ومن نص المادة 29 في فقرتها الثالثة من نفس المرسوم بقولها: "تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول"⁽¹⁾، لتزيد الفقرة الرابعة من نفس المادة تفصيلا أكثر لهذه الصفقة بقولها: "تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها...".

مما يؤخذ على المشرع في هذا التوضيح المتعلق بصفقة إنجاز الأشغال، استعماله مصطلح "المقاول" وهو مصطلح يستخدم في قواعد القانون الخاص، وكان الأولى بقاؤه على مصطلح المتعامل المتعاقد.

ومن محاسن هذا المرسوم أنه قد قدم تكييفاً لبعض العقود التي يتداخل موضوعها أحيانا بين صفقتين، الاقتران بينهما حدث عندما اجتماعا في صفقة واحدة، فجاءت المادة 29 في فقرتها الخامسة بقولها: "إذا تم النص في الصفقة العمومية على تقديم خدمات وكان الموضوع الأساس للصفقة يتعلق بالأشغال فإن الصفقة تكون صفقة أشغال"⁽²⁾، فغلب المشرع النشاط الأساسي والغالب.

ومن خلال البيان الذي قدمته المادة 29 السابقة الذكر يتضح لنا أن صفقة إنجاز الأشغال يجب أن تتوفر فيها الشروط التالية:

1 - المادة 3/29 من المرسوم الرئاسي 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سابق.

- أن تنصب على عقار: كأن تتعلق هذه الصفقة بمشروع سكّات للجمهور أو مباني خاصة ببعض المرافق العامة، أو جسور وأنفاق وطرق سريعة، وهذا بالنظر لمحل الصفقة، أما نوع العمل الوارد على المحل فقد يكون بناء أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم كلي أو جزئي، وهي أمور لا يستغني عنها الشخص العام في نشاطه.

وهذا النوع من الصفقات يعد أهمها بالنسبة للإدارة، على أساس ارتباطه بالتنمية المحلية والوطنية وفائدتها بالنسبة للجمهور والمصلحة العامة من جهة، وبالأستثمارات من جهة ثانية.

- أن تتم العملية لحساب شخص عام: لكي نكون أمام صفقة إنجاز أشغال مع وجود العقار لا بد أن تتم العملية لحساب شخص عام، أي الدولة أو الولاية أو البلدية أو شخص عام مرفقي كالمؤسسة العامة الاستشفائية أو الجامعة... إلخ، ملزم بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية اعتمادا على المعيار العضوي.

- أن يتحقق في العقد الحد المالي المطلوب: حيث جعل المشرع الجزائري لصفقة الأشغال عتبة مالية خاصة، نصت عليها المادة الثالثة عشر من المرسوم الرئاسي 15-247، بقولها: " كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار 12.000.000 دج أو يقل عنه للأشغال..... لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".

وهذه العتبة المالية نص عليها المشرع، بعد أن فرضتها عليه ظروف مالية للدولة، مما يعني أن الأمر متعلق بالجانب المالي في الدولة من حيث التضخم وقيمة العملة.

- حيازة المتعامل المشارك على شهادة التخصّص والتصنيف المهنيين: حيث فرض المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11-110⁽¹⁾، في المادة الأولى منه على جميع المتعاملين الذين يعملون في إنجاز الصفقات العمومية المتعلقة بالأشغال العمومية، أن تكون لها شهادة التخصّص والتصنيف المهنيين كشرط ضروري لتقديم طلبات العروض مع المصلحة المتعاقدة.

وقد عرفت المادة الثالثة من المرسوم السابق هذه الشهادة بقولها: " شهادة التخصّص والتصنيف المهنيين للمؤسسات وثيقة تنظيمية خاصة بأشغال البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية وتحوّل الشهادة المذكورة أعلاه للمؤسسة الحائزة لها اختصاصا وطنيا في ميدان العمل المعين"، لتبين المادة السادسة صلاحيتها بثلاث سنوات وتجدد، والمادة الرابعة بينت المعلومات التي تحتوي عليها هذه الشهادة. ثم ذكر المشرع في هذا المرسوم المعايير التي يتم على أساسها تصنيف هذه المؤسسات ومنحها هذه الشهادة في المادة السابعة من المرسوم التنفيذي 11-110، ومن بينها الأخذ بعين الاعتبار عدد العمال المؤطرين في

المجال التقني وأن يكونوا من إطارات جامعية ومختصين في مجالات الأشغال، ورقم الأعمال المحقق من طرف المؤسسة.

المطلب الثاني: صفقة اقتناء اللوازم.

إن الإدارة العامة وهي تمارس نشاطها من خلال عقود تبرمها لتلبية لحاجيات الجمهور وتحقيقا للمصلحة العامة، لا تبرم فقط صفقات إنجاز الأشغال العامة، بل إن نشاطها قد يفرض عليها توفير منتج معين وبصفة دورية ومنتظمة لتحقيق المصلحة العامة، أو الحصول على التجهيزات اللازمة لتسييرها، ولن يتم لها ذلك إلا بإبرام عقود توريد لهذه المادة أو اقتناء للتجهيزات، والتي سماها المشرع عقد اقتناء اللوازم.

ويجد هذا العقد أساسه القانوني في نص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 حين عرفت الصفقة العمومية وقد مر معنا سابقا، ومن نص المادة 29 من نفس المرسوم، وقد نص عليه المشرع الجزائي في الأمر 67-90 في مادته الأولى، ونصوص تنظيمات أخرى وصولا للمرسوم الرئاسي 10-236 في مادته الثالثة والحادية عشر، وصولا لمرسومنا 15-247.

ولقد حدد المرسوم السالف الذكر في مادته التاسعة والعشرون في فقرتها السادسة الهدف من هذه الصفقة بقوله: " تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد وإذا أرفق الإيجار بتقديم خدمة، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم"⁽¹⁾.

من خلال بيان الهدف من صفقة اقتناء اللوازم يتضح لنا الفرق بينها وبين صفقة إنجاز الأشغال؛ فصفقة اقتناء اللوازم تقع دائما على منقول، في حين أن صفقة إنجاز الأشغال تقع على عقار، كما أن صفقة اقتناء اللوازم تقع على توفير مادة أو منتج معين للمصلحة المتعاقدة بصفة دورية ومنتظمة خلال فترة متفق عليها مع المتعامل الاقتصادي، وهو ما لا يتوفر في صفقة إنجاز الأشغال.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد التوريد يعتبر إطار قانوني اعتمد عليه القضاء المقارن لإرساء أحكام عديدة متعلقة بالعقد الإداري وميزة له على العقد المدني.

كما أن المشرع قد أحسن صنعا في هذه الصفقة بتقديم تكييف لها عندما تجتمع وتقترب بصفقة إنجاز الأشغال، حيث نص في الفقرة السابعة من المادة التاسعة والعشرون من المرسوم الرئاسي 15-247، على أن الصفقة تكون صفقة لوازم متى لم تتجاوز قيمة الأشغال قيمة اللوازم ذاتها، مما يعني أن الأشغال الواقعة على العقار ثانوية ومن أجل تثبيت اللوازم محل عقد الاقتناء، وكان نفس المسلك من المشرع بتغليب النشاط

1 - المادة 6/29، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، مصدر سابق.

الرئيس أو الغالب.

وعلى نفس المنوال ذهب المشرع في تكييف حال اقتران عقد اقتناء اللوازم بالقيام بعقد الخدمات بأنها صفقة لوازم متى لم تتجاوز قيمة الخدمات قيمة اللوازم ذاتها، مما يعني أن الخدمات المقدمة من المتعامل مع الإدارة ثانوية والصفة الغالبة لموضوع الصفقة هو اقتناء اللوازم، وكان نفس المسلك من المشرع بتغليب النشاط الرئيس أو الغالب.

المطلب الثالث: صفقة إنجاز الدراسات.

إن هذه الصفقة في الحقيقة كان المشرع بشأنها مترددا، فيشير إليها ويعرفها أحسانا ويغفل عنها أحيانا أخرى، فبالرجوع للأمر 67-90 في مادته الأولى، نجد أنها لا تشير لصفقة الدراسات، بل ذكر المشرع الأنواع الثلاث الأخرى فقط، وباستقراء الأمر نجد أنه في المادة 64 قد خصه بفصل كامل تمثل في الفصل السادس من الباب الثاني من الأمر 67-90.

وبقي الأمر كذلك في التنظيمات اللاحقة للصفقات العمومية، حتى المرسوم الرئاسي 02-250 في مادته الثالثة والحادية عشر لينص على هذه الصفقة بصريح العبارة، وجاءت المادة الرابعة والثالثة عشر من المرسوم الرئاسي 10-236، لتؤكد النص على هذه الصفقة.

ويجد هذا العقد أساسه القانوني في نص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 حين عرفت الصفقة العمومية وقد مر معنا سابقا، ومن نص المادة 29 من نفس المرسوم في فقرتها العاشرة بقولها: "تهدف الصفقات العمومية للدراسات إلى إنجاز خدمات فكرية"، فنلاحظ من خلال بيان المشرع لهدف الصفقة أنه قد عبر بمصطلح واسع وفضفاض يشمل عددا من الخدمات التي تطلبها المصلحة المتعاقدة، فتأتي الفقرة الحادية عشر من نفس المادة لتزيد الموضوع إيضاحا بقولها: "تشمل الصفقات العمومية للدراسات عند إبرام عقد الأشغال لاسيما مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على إنجاز الأشغال ومساعدة صاحب المشروع".

نلاحظ من الفقرة السابقة أن المشرع أراد من صفقة الدراسات أن تكون مؤطرة ومرافقة لصفقة إنجاز الأشغال، فهي تسعى للقيام بدراسات أولية أو تشخيصية أو رسوم مبدئية أو دراسات مشاريع تمهيدية أو مساعدة صاحب المشروع في إبرام وتنفيذ صفقة الأشغال وتنظيم وتنسيق وتوجيه الورشة⁽¹⁾، ليكون بذلك دور توجيهي وتوحيدي للمصلحة المتعاقدة بكل المعطيات التي تتعلق بالمشروع وتنفيذه.

وقد حدد المشرع في نص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-24، عتبة مالية واجبة لتكون أمام صفقة

1 - أنظر: المادة 12/29، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتنفيذ المرفق العام، مصدر سابق.

إنجاز دراسات، تمثلت في ستة ملايين دينار 6.000.000 دج.

وعلى الصعيد الفقهي فقد عرفت هذه الصفقة كإيلي: "تفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي) يلزم بمقتضاه المتعاقد بإنجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل مالي تلزم الإدارة بدفعه تحقيقا للمصلحة العامة"⁽¹⁾.

المطلب الرابع: صفقة تقديم الخدمات.

بالإضافة إلى عقد الأشغال واقتناء اللوازم والدراسات التي من خلالها تمارس الإدارة نشاطها بهدف تحقيق المصلحة العامة وتلبية حاجيات الجمهور، تحتاج الإدارة أيضا إلى إبرام عقد الخدمات، الذي يعتبر الإطار القانوني والتعاقدي الذي بواسطته تستطيع المصلحة المتعاقدة الحصول على خدمة معينة يقدمها متعامل ما بمقابل تلتزم بدفعه⁽²⁾.

ومن خلال استقراء كل قوانين الصفقات العمومية الجزائرية بداية من الأمر 67-90 حتى المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نجد ان المشرع اعتبر عقد الأشغال العمومية صفقة ثابتة في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية المتلاحقة هذا من جهة، ومن جهة ثانية أنه لم يضع تعريفا لهذه الصفقة منذ 1967 حتى 2010، حتى جاء المرسوم 15-247 فحدد هدفها ومجالها.

نصت المادة 29 في فقرتها الأخيرة على: "تهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز تقديم خدمات وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الاشغال أو اللوازم أو الدراسات"، والملاحظ على هذا البيان من المشرع أنه لم يعطي بيانا واضحا دالا على صفقة الخدمات، ولعل الأمر يعود إلى تنوع الخدمات وعمومية مفهومها مما يجعلها صعبة الضبط، ولكن المهم أن هذه الصفقة تتعلق بخدمات تنجز لتحقيق الصالح العام وحساب المصلحة المتعاقدة، نظير مقابل مالي تدفعه هذه الأخيرة للمتعامل مقدم الخدمة.

وعلى الصعيد الفقهي فقد عرفت هذه الصفقة كإيلي: "أنها اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (معنوي أو طبيعي) بقصد توفير خدمة معينة للإدارة المتعاقدة تتعلق بتسيير المرفق نظير مقابل مالي⁽³⁾.

وقد حدد المشرع في نص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-24، عتبة مالية واجبة لتكون أمام صفقة

1 - د. قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 60.

2 - أنظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق، ص 187.

3 - د. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص 23.

تقديم خدمات، تمثلت في ستة ملايين دينار 6.000.000 دج.

المبحث الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية.

إن إبرام الصفقة العمومية مرحلة مهمة في مسار انعقادها، لذلك فإنها تكون وفق آليات معينة ومحددة، سواء تمت بإجراءات طويلة ومعقدة كما هو الحال في أسلوب طلب العروض، أو تمت وفق إجراءات بسيطة ومباشرة كما هو الحال في أسلوب التراضي.

وبالرجوع لنص المادة التاسعة والثلاثون من المرسوم الرئاسي 15-247، وتحديدًا القسم الأول من الفصل الثالث، نجد أن المشرع قد بين كفاءات إبرام الصفقات العمومية، حيث حصرها في قوله: "تبرم الصفقات العمومية وفقًا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفقًا لإجراء التراضي".

فالمصلحة المتعاقدة إذن مقيدة بهاذين الأسلوبين؛ أسلوب طلب العروض وهو القاعدة العامة والأصل الذي يعدّ بمثابة الدعوة للمنافسة، وكذلك تجسيدا لمبدأ الشفافية والمساواة بين العارضين، وأسلوب التراضي وهو الاستثناء على القاعدة، الذي يؤكد أنها ولا ينفيا.

ولذلك سنقسم هذا المبحث لمطلبين؛ مطلب أول متعلق بأسلوب طلب العروض، ثم مطلب ثاني لأسلوب التراضي.

المطلب الأول: طلب العروض.

أولى المشرع لأسلوب طلب العروض أهمية خاصة في قانون الصفقات العمومية، فخصص له كما معتبرا من المواد، ساعيا فيها على تحقيق التوفيق بين الاعتبارين المالي والفني.

والمتابع لتشريعات الصفقات العمومية يلاحظ أن المشرع لم يثبت على استعمال مصطلح واحد فيما يتعلق بأسلوب التعبير الأهم والقاعدة العامة في كفاءة إبرام الصفقات العمومية، حيث جاءت أحيانا مستعملة لمصطلح "المنافسة"، وأحيانا أخرى مصطلح "طلب العروض"، وأحيانا مصطلح "دعوة للمنافسة".

واستعمال المشرع لمصطلح "المنافسة" يوحي بأن معيار المفاضلة بين المتنافسين يكون على أساس المعيار المالي وحده؛ أي الذي يقدم أقل ثمن، وهو ما كرسه الأمر 67-90، والذي جعل المنافسة تقوم على المعيار المالي دون سواه، وكانت غالب تنظيمات الصفقات العمومية تعبر بمصطلح "المنافسة"، إلا المرسوم 82-145 والذي عبر فيه المشرع بمصطلح "دعوة للمنافسة" وهو مصطلح دقيق ومعبر على الصفقة العمومية، إلى أن جاء المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والذي نص في المادة 39 منه بمصطلح "طلب العروض"، وهو أيضا مصطلح دقيق ومعبر أكثر من مصطلح "المنافسة".

ولذلك سوف نتطرق للقواعد المنظمة لطلب العروض وفق تنظيم الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وفق التقسيم التالي:

الفرع الأول: تعريف طلب العروض.

الفرع الثاني: أشكال طلب العروض.

الفرع الأول - تعريف طلب العروض.

تطبيقاً لأحكام المادة 93 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإن طلب العروض أهم طريق لاختيار المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة على أساس أنه القاعدة العامة والأصل، وبالرجوع للنص الفرنسي في المرسوم نجده ينص على:

« Les marches publics sont passés selon la procédure d'appel d'offres »

أي أن المصطلح هو "L'appel d'offres" والذي يعني " طلب العروض " مما يجعل هذه الترجمة تستقيم والمصطلح باللغة العربية، والذي يمثّل في أسلوب من أساليب التعاقد الإداري يتيح للمصلحة المتعاقدة حرية اختيار المتعاقد معها في إطار من المنافسة دون التزامها بمبدأ آلية الإرساء⁽¹⁾، في حين أن المبدأ الذي يميز مصطلح " المناقصة " المستعمل سابقاً، يمثّل في أنه وسيلة أو آلية للإرساء على العطاء الأقل ثمناً⁽²⁾.

وجاءت المادة الأربعون من المرسوم الرئاسي 15-247، مبيّنة الهدف من طلب العروض، وأن مبدأ "العرض الأفضل" هو المعيار المعتمد للانتقاء بقولها: " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استناداً لمعايير اختيار موضوعية تُعد قبل إطلاق الإجراء".

ليكون المشرع بذلك قد ضبط مصطلح العروض ضبطاً دقيقاً، بحيث جعل المعيار المعتمد في إسناد الصفقة، هو " العرض الأفضل"، ولذلك منح للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في الجمع بين أكثر من معيار للانتقاء، فليس بالضرورة أن يكون الأقل ثمناً.

الفرع الثاني: أشكال طلب العروض:

بالنظر إلى أن الصفقات العمومية عقد من العقود الإدارية المرتبطة بالخرينة العمومية ومخططات التنمية، فإن المشرع قد خصها بقواعد وطرق خاصة لإبرامها، وجعل الغدرة ملزمة بشرط الصفقة إذا توافرت شروطها.

¹ - والمقصود بهذا المبدأ، هو التزام المصلحة المتعاقدة بمنح الصفقة للمتعامل الذي يقدم أقل عطاء، أي أقل سعر.

² - لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، لباد Editeur، سطيف، 2004، ص 434.

إلا أن المشرع وإن كان قد وضع قواعد خاصة، ثم حدد أساليب للإبرام كما ذكرت سابقا، فإنه قد أعطى مجالا من الحرية للمصلحة المتعاقدة في اختيار الأسلوب والطريقة التي تراها مناسبة لها بحسب طبيعة العقد وملايساته، وتكون بذلك مسؤولة عن اختياراتها حين تختار طريقة دون أخرى، وخاصة عند اختيار الأسلوب الاستثنائي والمتمثل في التراضي على أسلوب طلب العروض.

ولقد بينت المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 أشكال طلب العروض بقولها: " يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا أو / دوليا، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية:

- طلب العروض المفتوح.
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.
- طلب العروض المحدود.
- المسابقة".

فمن خلال هذه المادة يتضح لنا أن طلب العروض قد يكون وطنيا أو دوليا، تبعا لخصوصية كل صفقة، فيمكن أن تتسع لتشمل الوطني والأجنبي، كما يمكن أن تضيق لتشمل الوطني وحده إذا كانت عادية وتتطلب إمكانيات بسيطة، وقد يقتصر مجال المشاركة في الصفقة على الأجانب فقط، إذا كان الموضوع يتعلق بمنتج محكر أو بإمكانات تكنولوجية وعلمية غير متوفرة عند الوطني.

كما قسمت المادة أشكال العروض إلى أربع أشكال نشرحها تباعا كالتالي:

1- طلب العروض المفتوح "L'appel d'offres ouvert":

وقد ذهبت المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إلى تعريفه بقولها: " طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا". وهو تقريبا نفس التعريف في المرسوم الرئاسي 10-236⁽¹⁾ في مادته التاسعة والعشرون.

فطلب العروض المفتوح يكفل لكل عارض توفر فيه الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة من خلال إعلان الصفقة، مما يعني العارض المؤهل لا كما توحى عبارة مفتوح، فتكون المنافسة مفتوحة بين العارضين المؤهلين الذين تتوفر فيهم الشروط، دون إقصاء أو تمييز أو انتقاء.

1 - المرسوم الرئاسي رقم 10-236، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

كأن تعلن الولاية عن إنجاز مساكن لصالح أساتذة الجامعة في الولاية، وجعلت شروطا عامة لكل متعامل قادر ومشتغل بجمال البناء والإعمار، وحاصل على تصنيف الدرجة الأولى، مما يتضح لنا من هذه الشروط أن طلب العروض مفتوح، بحيث لم تشترط فيه شروط خاصة.

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

" L'appel d'offres ouvert avec exigence de capacités minimales "

المتبوع لتنظيمات الصفقات العمومية سيجد أن هذا المصطلح قد استعمله المشرع لأول مرة في هذا المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ولم يذكر قبلها في التشريعات المتلاحقة للصفقات العمومية، وقد عرفتها المادة 44 من هذا المرسوم بقولها: " طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوافر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد ولا يتم انتقاء قبلي للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة".

وذهبت الفقرة الثانية من نفس المادة إلى بيان طبيعة الشروط التي تشترطها المصلحة المتعاقدة، وصنفتها إلى ثلاثة أصناف متعلقة بقدرات كالتالي:

- قدرات تقنية: وتمثل في الوسائل التي يملكها المتعامل والتي ستخصص لتنفيذ موضوع الصفقة، والتي تتناسب والشروط التقنية المحددة في إعلانها، كطلب نسخة من التسجيل الجبائي.
 - قدرات مالية: والتي قد تكون مادية وبشرية طلبتها المصلحة المتعاقدة في إعلانها، كعدد الآليات المتوفرة في صفقة أشغال مثلا.
 - قدرات مهنية: كالوثائق التي تثبت الكفاءة والقدرة المهنية للعارض، كطلب شهادة حسن الإنجاز، أو شهادات التأهيل المتنوعة.
- وتجدر الإشارة إلى أن طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا يقابله في المرسوم الرئاسي 10-236، المناقصة المحدودة، والتي عرفها المشرع في المادة 30 منه على أنها: "إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد

إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً"⁽¹⁾.

ومن خلال اسم "طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا" يتبين أن هناك قدرات ومؤهلات خاصة تطلب في العارض أو المترشح، مما يؤكد أن هذه العمليات تتميز بتعقيد، لذلك منح المشرع للمصلحة

¹ - بالربط مع المادة المماثلة في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وهي المادة 25، نجد المشرع في المرسوم الرئاسي 10-236 استبدل عبارة "الشروط الخاصة" بعبارة "الشروط الدنيا المؤهلة" ليؤكد لنا على ضرورة توافر عنصر التأهيل في كل مترشح.

المتعاقدة أن تحدد من المعايير ما تراه مناسباً لخدمة الصفقة وتحقيقها، وتعلن عن ذلك في إعلان طلب العروض. ومن أمثلة ذلك أن تعلن بلدية من البلديات عن طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا لإنجاز أشغال تتعلق بتهيئة شبكات الغاز أو الماء في البلدية، وفتحت المنافسة للمتعاملين الحائزين على الدرجة الثالثة في مجال الأشغال العامة، أو حيازة شهادة التخصص والتصنيف المهنيين كأصل عام، وعادة ما تدخل ضمن الفئة ب وج المحددة في القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 مايو 1988⁽¹⁾.

3- طلب العروض المحدود "L'appel d'offres restreint":

عرف المشرع طلب العروض المحدود في المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بقوله: " طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد.

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستم دعوتهم لتقديم تعهد بعد انتقاء أولي لخمس منهم"، وفي الحقيقة أن هذه الطريقة كانت تسمى من قبل " استشارة انتقائية"، ولكن المشرع في المرسوم الجديد 15-247 غير تسميتها "بطلب العروض المحدود"، بل حتى تعريفها يشبه إلى حد كبير تعريف الاستشارة الانتقائية والتي عرفها المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في المادة 31 بقوله: "الاستشارة الانتقائية هي إجراء يكون المترشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعون خصيصاً للقيام بذلك بعد انتقاء أولي".

وتلجأ المصلحة المتعاقدة لهذا الشكل من أشكال طلبات العروض حسب ما تنص عليه المادة 45 سابقة الذكر، عندما يتعلق الامر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة أو ذات أهمية خاصة، ويجوز لها أن تشترط مواصفات تقنية في العمل أو المادة محل التعاقد أو نجاعة وفاعلية معينة، الأمر الذي يجيز لها أن تحدد العدد الأقصى للمرشحين الذين سيتم دعوتهم لتقديم تعهد بعد انتقاء أولي لخمس منهم.

وبنا عليه فطلب العروض المحدود آلية لإبرام الصفقات العمومية تهدف إلى تحقيق المنافسة بين مجموعة محددة من المرشحين المدعويين خصيصاً لتقديم عروضهم، وذلك بعد أن يتم انتقاؤهم بصفة أولية اعتماداً على

¹ - قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 15 مايو 1988، والمتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء، الجريدة الرسمية العدد رقم 43، عام 1988.

معطيات مسجلة لدى المصلحة المتعاقدة تتعلق بكل المتعاملين المتعاقدين معها⁽¹⁾، بما يمكنها من التعرف بصورة أولية على المترشحين المؤهلين مبدئياً إلى عملية الانتقاء والاختيار⁽²⁾.

ولما كان طلب العروض المحدود متعلق بعمليات معقدة وذات أهمية، جعل المشرع له إجراءات خاصة بينتها كل من المادتين 45 و46 من المرسوم الرئاسي 15-247، فأوضحت المادة 45 في فقرتها الرابعة أنها تمر إما بمرحلة واحدة، أو بمرحلتين حسب ما تقتضيه الحاجة بقولها: "ويجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود عند تسلم العروض التقنية إما على مرحلتين طبقاً للمادة 46 أدناه، وإما على مرحلة واحدة".

- طلب العروض المحدود والتنافس في مرحلة واحدة: نصت المادة 45 في فقرتها الخامسة على ذلك بقولها: "عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية".

فمن خلال هذه الفقرة يتضح لنا أن المشرع قد ترك قدراً من الحرية للمصلحة المتعاقدة، ولها سلطة تقديرية في ذلك، فتمتلك المعطيات المتعلقة بالصفقة، وبين يديها العناصر الجزئية والمواصفات التقنية الدقيقة وحددت الأهداف المرجوة وكيفية تحقيقها، تعين عليها حين إذن إجراء المنافسة على مرحلة واحدة.

- طلب العروض المحدود والتنافس على مرحلتين: نصت المادة 45 في فقرتها السادسة على ذلك بقولها: "استثناء عندما يطلق الإجراء على أساس وظيفي إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها حتى بصفقة دراسات".

فمن خلال هذه الفقرة أيضاً يتضح لنا، أن هذا الأسلوب هو الأصل، وتلجأ له المصلحة المتعاقدة عندما تكون غير قادرة على اتخاذ القرار، بسبب عدم استطاعتها تجديد الوسائل التقنية المتعلقة بالمشروع محل الصفقة، فهنا وتحقيقاً للمصلحة العامة تذهب العملية إلى مرحلتين.

4- المسابقة "Le concoure":

تعتبر المسابقة شكلاً من أشكال طلبات العروض، يتم اللجوء إليها إذا اقتضت ذلك اعتبارات فنية أو جمالية من أجل حصولها على أحسن العروض من طرف المتنافسين من رجال الفن والإبداع.

¹ - BENNADJI Cherif, "Marchés publics et corruption en Algérie", Revue d'études et de critique social, N°25, Alger, 2008, P144.

² - صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 287.

وبالرجوع إلى مختلف تشريعات الصفقات العمومية نجدها قد تعرضت لأسلوب المسابقة، ابتداء من الأمر 67-90 حيث كانت تسمى بالمباراة، ثم إلى المرسوم 82-145 الذي زادها دقة ووضوحا، وهكذا في التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية وصولا للمرسوم الرئاسي 15-247.

فقد عرقتها المادة 47 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها: "المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة".

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة لتشمل مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة ومعالجة المعلومات حسبما نص عليه المرسوم 15-247⁽¹⁾، حيث لا يمكن مثلا تصور أن المصلحة المتعاقدة فيما يخص صفقة تجهيز تتبع أسلوب المسابقة، بسبب أن هذا الأسلوب يعبر عن منافسة تتعلق بالفكر والمخططات الهندسية والمعلومات، على خلاف المرسوم 10-236، والذي ركز على الجوانب الفنية الخاصة، أو التقنية أو الاقتصادية أو الجمالية فقط لهذا الأسلوب.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يحسن استخدام مصطلح "رجال الفن"، حيث أوهنا بأن المنافسة قاصرة على الأشخاص الطبيعيين فقط، في حين أن الأشخاص المعنوية أيضا تمتلك قدرات بشرية وخبرات تجعلها مبدعة في موضوع المسابقة.

وقسمت المادة 48 في فقرتها الأولى من المرسوم 15-247 المسابقة إلى؛ مسابقة مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا، ومسابقة محدودة.

المطلب الثاني: التراضي كأسلوب استثنائي في كفاءات إبرام الصفقات العمومية.

إن المصلحة المتعاقدة تخضع كقاعدة عامة لكيفية طلب العروض بأشكاله المختلفة والمتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية، سواء كان الأمر متعلق بجوانب فنية وتقنية أو ذات طابع متميز، أو تلك التي يتطلب تنفيذها خبرة واختصاص دقيق، فهذا الأسلوب يتسم بدعوة المتعاملين الاقتصاديين للتعاقد معها بطابع معقد غير مرن، حيث ليس لها حرية كبيرة في اختيار الطريقة التي تعلن بها عن رغبتها في إبرام صفقة للمتعاملين الاقتصاديين باعتبارها مقيدة بالإشهار الصحفي الذي فرضه المشرع عليها كطريقة مادية تعكس بها دعوتها

1 - المادة 47 / 3 من المرسوم الرئاسي 15-247، والمتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، مصدر سابق.

للتعاقد، وحدد لها بياناته الجوهرية والإجراءات الواجبة فيه، جاعلا إياها في إطار ضيق معقد هو من ضبطه ونظمه بذلك الشكل، حتى يكون طلب العروض وسيلة مرتكز عليها لتكريس مبادئ شفافية الصفقة.

غير أن المصلحة المتعاقدة ولأسباب موضوعية واستثناء، تضطر في بعض الأحيان أن تخرج عن الإجراءات المعروفة في قانون الصفقات العمومية كالإشهار والنشر، وأن تسلك أسلوبا أكثر مرونة، وذلك نتيجة وجود حالات تستدعي السرعة لتلبية الحاجات العامة للجمهور، ويمثل هذا الأسلوب في التراضي⁽¹⁾.

إن هذا الأسلوب قد ظهر عند المشرع الجزائري بصفة دائمة في مختلف تشريعات تنظيم الصفقات العمومية منذ الأمر 67-90، وصولا للرسوم الرئاسي 15-247، ولمعرفة المقصود بهذا المصطلح وتعريفه وأشكاله، قسمت هذا المطلب إلى فرعين؛ تعريف التراضي في فرع أول، ثم أشكاله وحالاته في فرع ثاني.

الفرع الأول: تعريف التراضي.

تجدر الإشارة إلى أن القصد من إطلاق مصطلح التراضي كأسلوب من أساليب التعاقد في مجال القانون العام، والوارد في تنظيمات الصفقات العمومية الجزائي، هو أن المصلحة المتعاقدة في ظل هذا الأسلوب تتحرر من الإجراءات المعقدة والطويلة الخاصة بأشكال طلب العروض المتعددة، الأمر الذي يجعلها راضية عن هذه الحرية التي تفقدها نسبيا بخضوعها لإجراءات وجملة من القيود الإجرائية.

وقد عرفت المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام التراضي بأنه: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة.."، فذهب المشرع الجزائري إلى أن التراضي هو إجراء يتضمن منح الصفقة لمعامل اقتصادي دون حاجة لأن يتضمن هذا المنح الإجراءات المطلوبة في طلب العروض بأشكاله المختلفة، أو هو إجراء خاص يتعلق بإبرام الصفقات العمومية يتضمن تخصيص صفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة⁽²⁾، لما في ذلك من تسهيل الأمر على المصلحة المتعاقدة بأن لا تتقيد بعنصر الزمن، الذي يكون عائقا في حالات معينة كالاستعجال، وهذه الحالات كان على المشرع في الحقيقة أن يشير إليها في التعريف ولو بإشارة عامة، بسبب أنها هي السبب في وجود الاستثناء وهو التراضي، فالتعريف الوارد في المادة 47 اهتم بعنصر الشكل في التصريح بإعفاء المصلحة المتعاقدة من جانب التقيد بالإجراءات، ولم يذكر أبدا الحالات

¹ - التراضي أسلوب متبع في التشريعات المقارنة، فنجد في التشريع المصري يسمى بالاتفاق المباشر، أما عند المشرع الفرنسي فقد كان يسمى "gré à gré" ومتداولاً إلى غاية صدور مرسوم 1976/01/21، حيث تم استبداله بمصطلح "les marches Négociées"، أي، التعاقد بناء على مفاوضة.

² - د. بوزيد بن محمود، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 6، المجلد 7، المركز الجامعي تامنغست، 2018، ص 195.

المتعلقة بالتراضي في هذا التعريف⁽¹⁾، وبهذا يجب أن يكون التراضي معرّفا بحالاته المحددة حصراً.

الفرع الثاني: أشكال التراضي وحالاته.

إن من المظاهر التي تعكس الطابع الخاص لأسلوب التراضي أن المشرع الجزائري قد حدد مجال إعماله ليكرس طابعه الاستثنائي ويحدد للمصلحة المتعاقدة الحالات التي تستطيع فيها اللجوء لأسلوب التراضي، فبالرجوع لنص المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام نجد أنها تنص على: "يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

فالمشرع قسم التراضي إلى شكلين؛ تراضي بسيط، وتراضي بعد الاستشارة.

❖ التراضي البسيط.

التراضي البسيط هو أحد أشكال التراضي، بتوافر حالاته تصبح المصلحة المتعاقدة حرة في أن تستبعد مبدأ التنافس، لتقوم مباشرة باختيار المتعامل المتعاقد بعد أن تتفاوض معه⁽²⁾.

وبصدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أزيل كل الغموض الذي شاب هذا النوع من التراضي بتوضيح أدق جوانبه بدء من جعله إجراء استثنائياً، إذ نصت المادة 27 فقرة 2 على: "إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من هذا المرسوم".

يلاحظ: إعادة وتأكيد من المشرع على الطابع الاستثنائي للتراضي البسيط، رغم أنه قد سبق وجعل من التراضي قاعدة استثنائية في الإبرام في نص المادة 25 فهذه الإعادة لم تكن لرغبة المشرع في التكرار، وإنما أراد التأكيد على أن التراضي في صورته البسيطة يعد استثناء على استثنائية التراضي بصفة عامة، بما يؤدي إلى تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة في اعتمادها.

ولكن تفتن المشرع لخطورة الإجراء وما يتمخض عنه من نتائج سلبية قد تؤثر على المال العام وكذا على حظوظ المتعاملين المتنافسين الراغبين في التعاقد، جعله يحدده بحالات حصرية تم ذكرها ضمن أحكام المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فنصت على "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط..."، وتمثل هذه الحالات في:

1 - د بن محمد محمد، أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، جامعة ورقلة،

2015، ص 177.

² - BENNADJI Cherif, op cit, P140.

1- حالة المتعامل المحتكر الوحيد:

وهي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد، إما لاحتلاله وضعية احتكارية⁽¹⁾، وإما بكونه المتعامل الوحيد الذي يمتلك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة، أو لاعتبارات ثقافية وفنية تبرر اللجوء لمعامل متعاقد وحيد.

فالأصل هنا عندما تواجه المصلحة المتعاقدة هذه الحالات فما فائدة الإعلان أو الخضوع لإجراءات طلب العروض، وهناك متعامل وحيد يستجيب لشروط التعاقد ويلبي الخدمة، على أن المشرع قد وضع أن الخدمات المعنية بهذه الاعتبارات تكون محددة بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية. وقد أحسن المشرع ببيان ذلك على أساس أن الاعتبارات الثقافية والفنية مصطلح مرن يؤدي وجودها كحالة من حالات التراضي البسيط إلى توسيع دائرة إعماله.

2- حالة الاستعجال الملح:

وهي حالة من الحالات التي تبرر اللجوء إلى إبرام الصفقة بطريق التراضي البسيط⁽²⁾، وقد قيدها المشرع بشروط تتمثل في:

- أن يتعلق الاستعجال بخطر يهدد ملكاً أو استثماراً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، مع ضرورة بيان حالة الضرورة والاستعجال، وتقديم التبرير الكافي وهو ما عبر عنه المشرع بالاستعجال الملح "الملح" مع أن تنظيم الصفقات العمومية أورد العبارة بصيغة عامة مما يفتح المجال واسعاً أمام التأويل، وكان الأولى أن يضبط المشرع حالات الاستعجال الملح وتحديدتها على سبيل الحصر من أجل الحفاظ على الطابع الاستثنائي لهذا الأسلوب.

- أن يتجسد ذلك الخطر في الميدان، ولا يسعنا التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية لدفعه، بالنظر لما تتميز به من إجراءات شكلية طويلة ومعقدة.

- أن تكون الظروف المسببة لحالات الاستعجال غير متوقعة من طرف المصلحة المتعاقدة.

- ألا تكون وسيلة ومناورة من طرف المصلحة المتعاقدة بالمماطلة، أي بأن تتأطل المصلحة المتعاقدة إلى حين تعرض الملك أو الاستثمار إلى خطر داهم لتلجأ إلى التعاقد الذي ترغب فيه.

1 - الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1425 الموافق 19 يوليو 2003، والمتعلق بالمنافسة، عرفت المادة

الثالثة منه المقصود بالاحتكار بأنه: "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنية من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها".

2 - تجسيدا لهذه الحالة، ذهب مجلس الوزراء المنعقد في 2003/12/28 إلى اعتماد صيغة التراضي البسيط لتحقيق البرنامج الذي يهدف إلى إنجاز 20 ألف سكن اجتماعي لفائدة منكوبي زلزال ولايتي الجزائر وبومرداس، وذلك تطبيقاً للمادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02.

وعند عدم وجود أحد الشروط السابقة تنتفي حالة الاستعجال الملح التي تجيز للمصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة وفقا لإجراء التراضي البسيط.

ملاحظة: على المصلحة المتعاقدة تقديم التبريرات اللازمة وكل ما يثبت تحقق هذه الشروط عند كل رقابة تمارس على الصفقة العمومية.

3- حالة تموين مستعجل مخصص بشروط:

هذه الحالة مستقلة عن الحالات السابقة، بسبب أنها تتطلب شروطا خاصة وتطبق في مجال محدد ودقيق يتعلق بالتموين؛ حيث تكون فيه المصلحة المتعاقدة في حاجة سريعة للخدمة ما يتوقف عليها نشاطها، ولو ألزمتها بالخضوع لشرط الصفقة العمومية، وما يستلزمه من نشر وآجال وإجراءات لتوقفت الحركة وفي ذلك إضرار بالسوق وحاجيات السكان، لذا وجب تمكينها من التعاقد بأسلوب التراضي البسيط⁽¹⁾.

وبناء عليه إذا فإذا تعلق الأمر بتوفير حاجيات السكان الأساسية، وكان على المصلحة المتعاقدة أن تتحرك بسرعة لضمان سلعة معينة أو حاجة للجمهور، وضمان وجودها وحسن توزيعها بشكل مستمر ومنظم كمادة الدقيق أو الحليب مثلا في ظل الكوارث الطبيعية التي تفرض على الدولة بمختلف أجهزتها السرعة في اتخاذ القرارات من أجل تغطية حاجات المنكوبين التي تبرز دفعة واحدة، مما يحتم على المصلحة المتعاقدة اللجوء مباشرة لممون أو مجموعة مومنين لتزويدها بالمواد محل التعاقد، ولن يكون ذلك إلا وفق أسلوب التراضي البسيط.

إلا أن المشرع قد ضبط هذه الحالة من حالات التراضي البسيط بشرطين وهما:

- عدم توقع الظروف المسببة لهذه الحالة .
- ألا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة⁽²⁾.

4- حالة مشروع ذي أهمية وطنية:

إذا كان هناك مشروع سينتج عنه أثر إيجابي تعم فائدته على كامل إقليم الدولة، وسيطلب إبرامه أعباء مالية ضخمة جدا، فإن المشرع وصفه في المادة 43 الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي 15-247 بقوله: ذو أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرمه وفق أسلوب التراضي البسيط.

1 - د. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 113.

2 - أنظر: المادة 3/49، من المرسوم الرئاسي 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

ولكن المشرع اشترط أن تكون هذه الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال غير متوقعة من طرف المصلحة المتعاقدة، وأيضاً ألا تكون نتيجة لمناورات للماطلة من طرفها، وإذا تحقق ذلك تبقى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء في حالة أن كان المبلغ يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج، وإن قل عن ذلك لإذن مسبق عند اجتماع الحكومة⁽¹⁾.

وحسناً فعل المشرع بأن عرض ذلك على قمة مجالس السلطة التنفيذية، لتقل مسؤولية المصلحة المتعاقدة ولتتوزع بين مختلف الجهات التي لها علاقة بالعملية

5- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية العمومية للإنتاج:

وهي من الحالات التي ذكرها المرسوم الرئاسي 15-247، ولعل هدف المشرع من ذلك هو تمكين المصلحة المتعاقدة من إبرام الصفقة في وقت وجيز من أجل تحقيق الترقية للأداة الوطنية للإنتاج، مع أن المشرع جعل العبارة عامة ومطلقة مما يفتح الباب واسعاً للتفسير والتأويل.

ونظراً لأهميتها فقد أخضعها المشرع كسابقها للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج، وللموافقة المسبقة لمجلس الحكومة إذا كان المبلغ يقل عن القيمة السالف ذكرها⁽²⁾.

ملاحظة: عندما تكون المصلحة المتعاقدة أمام إحدى حالات التراضي البسيط يجب عليها ألا تلجأ إلى صفقات دولية، وذلك حسب نظري من الناحية الواقعية العملية، حيث يعود سبب ذلك إلى أن التراضي البسيط عندما يتم في شكل صفقة دولية يكون مجالاً لترعرع الفساد، ولعل فضائح سوناطراك كانت بسبب صفقات التراضي التي تمت مع متعاملين أجانب⁽³⁾.

6- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية اقتصادية حقاً حصرياً القيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع هيئات وإدارات عمومية ذات طابع إداري.

تم ذكر هذه الحالة المزدوجة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽⁴⁾، حيث بين المشرع أن هذه الحالة تحمل في طياتها حالتين هما:

1 - أنظر: المادة 4/49، من المرسوم الرئاسي 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

2- أنظر الفقرة الخامسة من المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سابق.

3 - أنظر: د. تياب نادية، محاضرات في الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 23.

4- أنظر المادة 6/49، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

- عندما يعطي نص قانوني، سواء تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عامة اقتصادية (تجارية أو صناعية) أحقية حصرية في القيام بمهمة تقديم خدمة عمومية.

- عندما تنجز مؤسسة عامة اقتصادية (تجارية أو صناعية) كل نشاطها مع الهيئات والإدارات والمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري.

وما يعاب على المشرع أن هذا الأمر المتعلق بالتراضي البسيط وإعطاء الأولوية للمؤسسات العامة الاقتصادية ولو كان بموجب نص تشريعي أو تنظيمي، سيكون سببا للإخلال بمبدأ المساواة والذي يعد قاعدة عامة يجب احترامها، ناهيك عن احترام مبدأ حرية الصناعة والتجارة⁽¹⁾، وفيه موع من الامتياز لهذه المؤسسات.

خلاصة: يجب التنبيه إلى أن المصلحة المتعاقدة مقيدة بالحالات السابقة الواردة في نص المادة 49 على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس أو التأويل بشأنها، أو الربط بين حالة وأخرى مماثلة لها في العلة أو السبب أو الحالة.

❖ التراضي بعد الاستشارة.

لم يعرف المشرع هذا الأسلوب، ولكن يمكن القول بأنه الإجراء الذي تبرم بموجبه المصلحة المتعاقدة الصفقة بعد استشارة مسبقة حول أوضاع السوق وحالة المتعاملين الاقتصاديين، بعرض المنافسة بين عدة مترشحين مدعويين خصيصا، بوسائل مكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشككية المعتمدة في طلب العروض.

ونص المشرع الجزائي على الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث حصرها في الحالات التالية:

1- عندما يتم الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:

ونكون أمام هذه الحالة عندما نقوم بإجراء طلب العروض ولا يتم استلام أي عرض، بمعنى أنه قد تم تطبيق القاعدة العامة والمتمثلة في طلب العروض وفق الإجراءات المسطرة في تنظيم الصفقات العمومية، إلا أنه لم يتقدم أي أحد من العارضين، فنعلن عدم الجدوى⁽²⁾، ثم نكرر العملية مرة أخرى وإذا كان الأمر كما في طلب العروض الأول يتم حينها الإعلان عن عدم الجدوى للمرة الثانية، وهنا يمكن اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

كما تمت الإشارة في الفقرة الثانية من المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إلى أن المصلحة المتعاقدة إذا طلبت العروض وفق الإجراءات، وتلقت العروض ولكنها غير مطابقة لمضمون دفتر الشروط

1 - أنظر المادة 43، من الدستور الجزائري، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 16-01، مصدر سابق.

2 - المادة 2/40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

ومتطلباته، فإنه يمكنها أن تلجأ لأسلوب التراضي بعد الاستشارة.

ثم في حالة أخيرة؛ وذلك عندما لا يمكن ضمان تموين الحاجات، وردت هكذا بعبارة عامة ومطلقة⁽¹⁾.

2- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة:

ف نجد أن الطبيعة الخاصة لهذه الصفقات هي التي فرضت على المصلحة المتعاقدة أعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة، حيث بين المشرع هذه الطبيعة الخاصة في المادة 51 في فقرتها الثانية بقوله: ".... وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات".

وعليه فعلى المسلحة المتعاقدة إذا أرادت اللجوء إلى هذا الأسلوب اعتمادا على هذه الحالة أن تبرر ذلك بإبراز خصوصية صفقة الدراسات واللوازم والخدمات الواردة في الفقرة الثانية السابقة كالطابع السري مثلا في صفقات الدولة المتعلقة بالأسلحة ولوازم وزارة الدفاع الوطني والأمن، التي لا تتوافق وطبيعتها أسلوب طلب العروض.

ولكن علينا الإشارة إلى أن المصطلحات الثلاث المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 51 والمتعلقة بخصوصية هذه الصفقات، نجدها عبارة عامة ومطلقة مما يجعلها غامضة وقابلة للتأويل، ولعل القرار الوزاري الذي وعدت به الفقرة الأخيرة من المادة 51، يرفع اللبس والغموض عن هذه المصطلحات.

3- حالة صفقات الأشغال التابعة للمؤسسات العمومية السيادية.

إن اعتبار هذه الحالة من حالات التراضي بعد الاستشارة كان مقصودا من المشرع لتعلقها بصفقات الأشغال العمومية التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية والمتميزة بالدقة والسرية، إذ تخص الأمن والدفاع الوطني، فهذا النوع من الصفقات يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى وعملية النشر المعروف في طلبات العروض.

ولقد نص المشرع على هذه الحالة في المادة 51 في فقرتها الثالثة بقوله: "... في حالة الصفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.."، مما يعني أن هذه الحالة تتعلق بعقد الأشغال العامة المتصلة بقطاع سيادي دون غيره من الصفقات.

4- حالة الصفقات الممنوحة والتي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال

طلب عروض جديد.

هذه الحالة لم تكن موجودة ضمن حالات التراضي بعد الاستشارة في المرسوم الرئاسي رقم 10-236،

1- المادة 2/40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

وهي من مستجدات المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽¹⁾، وتعلق بصفقات الأشغال أو الدراسات أو اللوازم أو الخدمات التي تم صدور قرار المنح بشأنها تطبيقا للقواعد العامة، لكن لسبب من الأسباب كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم وآجال طلب عروض جديد بالكيفيات المشار إليها في المرسوم الرئاسي، فمن أجل هذه الحالة الموضوعية سمح المشرع للمصلحة المتعاقدة أن تسلك سبيل أسلوب التراضي بعد الاستشارة، على أن تبرر ذلك بوجود الأسباب التي ذكرها المشرع عند ممارسة أي رقابة عليها.

5- حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات.

هنا في الحالة قصر المشرع مجال الاستشارة على مؤسسات الدولة المعنية، وفي حالة الاتفاقيات المتعلقة بتحويل ديون إلى مشاريع واستثمارات يجب موافقة الدولتين، مما يعني حصر الاستشارة على مؤسسات الدولة مقدمة القرض، وقد ذكر المشرع هذه الحالة في الفقرة الخامسة من المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

ف نجد أن التراضي بعد الاستشارة قد يكون سببا في خلاص الدولة من ديونها، بتحويل تلك الديون إلى مشاريع تنموية⁽²⁾، كما يمكن منح الصفقة بالتراضي بعد الاستشارة بناء على هبة، وهنا تقتصر الاستشارة على مؤسسات البلد المعني فقط بالنسبة للحالة الأولى، أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

ملاحظة: يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة عن طريق التراضي بعد الاستشارة محل نشر⁽³⁾، وفي ذلك تكريس لمبدأ الشفافية الذي يشكل أهم نقاط القوة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، الذي لم يقصر شرط نشر الإعلان عن المنح المؤقت على طلب العروض، بل بمده لأسلوب التراضي بعد الاستشارة⁽⁴⁾.

1- المادة 4/51، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

2 - تجسيدا لذلك تم اتفاق بين الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الإيطالية وتمت المصادقة على هذا الاتفاق بالمرسوم الرئاسي رقم 11-427، مؤرخ في 11 ديسمبر 2011، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية المتعلقة بكيفيات تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية، الموقع في الجزائر بتاريخ 12 يوليو سنة 2011، الجريدة الرسمية العدد رقم 65، لسنة 2011.

3 - وفي حالة الصفقات التي تنفذ في الخارج أو تلك التي تكتسي طابعا سريا يعوز إعلان المنح المؤقت للصفقة بمراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم.

4 - المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

الفصل الرابع: الرقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية

للرقابة مكانة بارزة في مجال الصفقات العمومية، وذلك لصلتها وارتباطها بالخزينة العامة وأكثر المجالات صرفا للمال العام⁽¹⁾، الأمر الذي فرض إخضاعها لنظام رقابي فعال يلازمها في مختلف مراحل سيرها وإجراءات إبرامها.

إن المتصفح والمدقق للنصوص المنظمة للصفقات العمومية يلمس اهتمام المشرع وحرصه الأكيد على رقابة المال العام، وذلك بتنظيمه لمختلف أشكال الرقابة فتتضمن المادة 156 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على: "تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده"، كما أكدت المادة 157 على هذه الرقابة فنصت على: "تمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها".

إن النصوص السابقة بعموميتها تجعل المصلحة المتعاقدة ملزمة ببيان الإجراءات التي اتبعت في عملية إبرام الصفقة، والمعايير المعتمدة في اختيار المتعامل المتعاقد⁽²⁾ سواء أمام جهات الرقابة الإدارية في مبحث أول، ثم أمام الجهات القضائية ممثلة في القضاء الإداري في مبحث ثاني⁽³⁾.

المبحث الأول: الرقابة الإدارية

امتدادا إلى سلسلة القيود التي تضبط عمل المصالح المتعاقدة في إبرامها للصفقات العمومية وضمنا لتحقيق احترام قواعد إبرام الصفقات ومبادئها، حرص المشرع على فرض ضوابط وجب التصرف في حدودها تحقيقا للمصلحة العامة التي تسعى لها المصلحة المتعاقدة من خلال صفقاتها.

تجسيدا لهذا الغرض نص المشرع في قانون الصفقات العمومية على إخضاع عملية إبرام الصفقات العمومية للرقابة، ولقد جاءت المادة 156 من المرسوم الرئاسي 15-247، مبينة أن الرقابة على الصفقات

1 - قد خصص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بابا بأكمله للرقابة (الباب الخامس)، وأدرج فيه مجموعة من الأقسام، وفصل في أحكام الرقابة بما لم يفعله مع أحكام أخرى، حيث خصص لها 47 مادة (من المادة 156 إلى المادة 202) بما يعكس أهمية الرقابة على مستوى تنظيم الصفقات العمومية.

2 - يتم ذلك بإعداد المصلحة المتعاقدة ملف كامل يخص الصفقة بجميع الإجراءات المتخذة بشأنها من يوم الإعلان عنها إلى تاريخ المنح المؤقت، تضمنه وثيقة تسمى بطاقة التقديم "Fiche de Presentation" والتي هي عبارة عن ملخص عن كل الإجراءات التي سبقت المنح المؤقت، تعلل من خلالها عملية الاختيار بعد ترتيب المترشحين كل حسب إمكانياته وعدد النقاط المتحصل عليها.

3 - كما تخضع الصفقة العمومية للرقابة المالية عن طريق المراقب المالي والمحاسب العمومي.

تشمل مختلف مراحل الصفقة كما ذكرنا سابقا، وذكر القسم الأول من الفصل الخامس أنواع الرقابة إلى داخلية وخارجية ورقابة وصاية.

إن الرقابة الإدارية إحدى الوظائف الإدارية المهمة، والتي تتعلق بمتابعة النشاطات من أجل مطابقتها للخطط المرسومة⁽¹⁾، وتضطلع بهذه المهمة لجان يتم إحداثها على مستوى كل مصلحة متعاقدة وخارجها، وأيضا هيئات حددها تنظيم الصفقات العمومية، وبالتالي فهي متنوعة؛ قد تأخذ شكل الرقابة الذاتية وتتم على مستوى المصالح المتعاقدة لفحص مدى صحة الإجراءات التي تمت في إبرام الصفقة العمومية (المطلب الأول)، كما قد تتمثل في رقابة لجان الصفقات على اختلاف مستوياتها وهي رقابة خارجية تتم على مستويات مختلفة (المطلب الثاني)، أو تكون عن طريق جهات لها حق الإشراف والمتابعة حددتها مواد تنظيم الصفقات العمومية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الرقابة الداخلية (الرقابة الذاتية)

إن الرقابة الداخلية رقابة تقوم بها المصلحة المتعاقدة على يد موظفيها أو المصالح التابعة لها؛ فهي نوع من الرقابة الذاتية، تتجلى أهميتها في الكشف عن الانحرافات والتجاوزات بمراجعة وفحص مختلف الإجراءات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها.

وبالرجوع إلى الأحكام المنظمة للصفقات العمومية يقوم بالرقابة الداخلية للجنة واحدة تسمى " لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض " ⁽²⁾، ليكون بذلك قد وضع هيكلية جديدة وجذرية لأحكام الرقابة الداخلية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، في حين أنها كانت تتكون من لجنتين لدى كل مصلحة متعاقدة؛ هي لجنة فتح الأظرفة ولجنة ثانية تسمى بلجنة تقييم العروض، وذلك طبقاً للمادتين 121 و 125 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ⁽³⁾.

من خلال نص المادة 159 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد فرض على المصلحة المتعاقدة وسلطتها الوصية أن تنشئ هيئة للممارسة الرقابة على الصفقات، سماها في المادة 160 من المرسوم بلجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض سعيا منه لتبسيط الإجراءات وتيسيرها، وضبطها المشرع بأن

1 - ROBBINS Stephen, DECENZO David, Management l'essentiel des concepts et des pratiques, 4ème édition, Persan Education, France, 2004, P434.

2 - المادة 161، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

3- في القانون الفرنسي توجد لجنة المناقصة حسب نصوص المواد 22، 23، 25، من قانون الصفقات العمومية الفرنسي التي تنولى عملية فتح الأظرفة وتقييم العروض.

- voir, Code des marchés publics français 2009, version consolidée au 21/12/2008, Pub lie sur le site : www.marchéspublicspme.com, A. 15:30.

تعمل في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها، وبالرجوع للنصوص المنظمة لها سنتطرق لتشكيلة اللجنة (أولاً)، وتحديد مهام هذه اللجنة (ثانياً).

أولاً- تشكيلة اللجنة:

نصت المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247 على: "تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية عند الاقتضاء تدعى في صلب النص "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم.

يمكن للمصلحة المتعاقدة وتحت مسؤوليتها أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض لحاجات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض".

وبذلك يكون المشرع قد منح المصلحة المتعاقدة حرية تشكيل واختيار أعضاء لجنة فتح الأظرفة من بين موظفيها، مما يعني أن هذه التشكيلة ستختلف بحسب طبيعة المصلحة المتعاقدة، ويكون المشرع الجزائري بذلك قد أحسن صنعا، بسبب أن ما يصلح لهيئة قد لا يصلح لهيئة أخرى⁽¹⁾.

وطبقا لنص المادة 162 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإن مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر يحدد تشكيلة هذه اللجنة الدائمة وقواعد سيرها ونصابها في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها.

وقد أحسن المشرع الجزائري عندما نص في المادة 160 السابقة الذكر على عنصر المؤهل، ليسند بذلك المهام لأهلها وانتقاء الأفضل والأكفاء بما يعود ذلك بالنفع على الصالح العام.

كما أن المشرع وسعيا منه لتبسيط الإجراءات ومراعاة خصوصية وطبيعة بعض الصفقات العمومية، أجاز للمصلحة المتعاقدة إمكانية إنشاء لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض، لمساعدة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في أداء مهمتها⁽²⁾.

ثانيا :مهام لجنة فتح الأظرفة:

جاء تحديد مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في صلب المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وحصرتها في مايلي:

1 - د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1989، ص 339.

2- المادة 2/160، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

- 1- ثبتت صحة تسجيل العروض؛ بأن ثبتت العروض وتسجلها في سجل خاص⁽¹⁾.
- 2- تعد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم، مع توضيح محتوى والمبالغ المقترحة في كل تعهد والتخفيضات المحتملة.
- 3- تعد قائمة تتعلق بالوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- 4- التوقيع بالأحرف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.
- 5- تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة، والذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن عند الاقتضاء التحفظات المحتملة التي يقدمها أعضاء اللجنة عند الفتح.
- 6- تدعو المرشحين أو المتعهدين عند اللزوم كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة لاستكمال عروضهم التقنية إذا كان هناك نقص في الوثائق تحت طائلة رفض عروضهم في أجل أقصاه عشرة أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة، وهذا باستثناء التصريح بالاكتتاب وكفالة التعهد والمذكرة التقنية التبريرية، ومهما يكن من أمر تستثنى من طلب الاستكمال كل الوثائق الصادرة عن المتعهد والمتعلقة بتقييم العروض.
- 7- تقترح اللجنة على المصلحة المتعاقدة عند اللزوم في محضر إعلان عدم جدوى طلب العروض حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من هذا المرسوم، والتي بينت أنه في حالة عدم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة مع محتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.
- 8- ترجع اللجنة عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة التي لم يتم فتحها إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين عند اللزوم، على أساس أنها لجنة داخلية لا يجوز لها التعامل المباشر مع المتعاملين بل عن طريق المصلحة المتعاقدة، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم.
- كما أن المشرع الجزائري قد وضع بعض الأحكام الخاصة ببعض الصفقات في المرسوم الرئاسي 15-247، فطبقا للمادة 70 في فقرتها الثالثة من هذا المرسوم، وفي حالة طلب العروض المحدود يتم فتح عروض المتنافسين التقنية أو التقنية النهائية والعروض المالية فيه على مرحلتين.
- كما أشارت المادة الفقرة الرابعة من نفس المادة إلى أن حالة المسابقة يتم فتح عروض المتنافسين التقنية وعروض الخدمات والعروض المالية فيها على ثلاث مراحل، وفتح أظرفة الخدمات لا تتم في جلسة علنية، وقد حمل المشرع المصلحة المتعاقدة المسؤولية كاملة فيما يتعلق بالعروض المالية ووضعها في مكان آمن⁽²⁾.
- وطبقا للمادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247، وبعد انتهاء المرحلة الأولى من مهمة اللجنة بالكشف عن قائمة المرشحين المتنافسين، تتولى اللجنة في إطار التقييم المهام التالية:

- 1 - حيث ألزم المشرع هذه اللجنة في المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247، بمسك سجلين خاصين يرقهما الأمر بالصرف ويؤشر عليهما، فالسجلات في التنظيمات الإدارية مهمة لكونها أداة إثبات وحفظ.
- 2 - أنظر: المادة 6/70، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سابق.

- 1- إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعد طبقاً لأحكام هذا المرسوم أو لموضوع الصفقة. وفي حالة الإجراءات التي لا تحتوي على مرحلة انتقاء أولى لا تفتح أظرفة العروض التقنية والمالية والخدمات عند الاقتضاء المتعلقة بالترشيحات المقصبات.
- 2- تعمل اللجنة على تحليل العروض المتبقية بعد عملية الإقصاء على مرحلتين، ويكون ذلك على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط، وتكون المرحلة الأولى للترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط، ثم مرحلة ثانية تتعلق بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولى تقنيا مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم.
- 3- تقوم اللجنة طبقاً لدقتر الشروط بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية والمتمثلة في:
 - الأقل ثمناً من بين العروض المالية المرشحين المختارين عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك. وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط؛ أي العرض الأقل سعراً.
 - الأقل ثمناً من بين العروض المؤهلة تقنياً إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها معيار السعر.
 - المرشح الذي تحصل على أعلى نقطة استناداً إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر إذا كان الاختيار يستند ويعتمد أساساً على الجانب التقني للخدمات.
- 4- تقترح اللجنة على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفاً في وضعية هيمنة على السوق، أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني تعسفاً في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، ولكن بشرط أن يوضح ويبين هذا الحكم في دفتر الشروط.
- 5- تستطيع اللجنة إذا لاحظت أن العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضاً بشكل غير عادي أو ملفت للنظر، أن تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة كتابياً التبريرات والتوضيحات التي تراها لازمة وملائمة، وبعد التثبت والتحقق من التبريرات والتوضيحات المقدمة، يمكنها أن تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا لم تقتنع بالجواب المقدم من المتعهد، ورأته غير مبرر من الناحية الاقتصادية، فترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بموجب مقرر معلل ومبرر، وذلك كضمانة لصاحب العرض المالي.
- 6- إذا أقرت اللجنة أن العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقلاً مبالغ فيه، تقترح أيضاً رفض هذا العرض على المصلحة المتعاقدة، فترفضه هذه الأخيرة بموجب مقرر معلل ومبرر، وذلك كضمانة لصاحب العرض المبعد.

7- وفي حالة طلب العروض المحدود يتم انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وذلك استنادا إلى ترجيح عدة معايير.

8- كما تقترح اللجنة في حالة إجراء المسابقة على المصلحة المتعاقدة قائمة بالفائزين المعتمدين، وتقوم بدراسة عروضهم المالية بعد ذلك لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى ترجيح عدة معايير.

استفسار وبيان: هل يعتبر المحضر الذي تحرره لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، والذي تقترح فيه عدم جدوى طلب العروض، قرارا نهائيا بعدم مواصلة إجراءات إبرام الصفقة؟ أم أن قرارها قابل للطعن فيه أمام القضاء من قبل المرشحين؟

لم ينص المشرع في هذا المرسوم على إمكانية الطعن في هذا المحضر، ولكن بما أنه يعتبر قرار إداري فيمكن الطعن فيه أمام القضاء الإداري، خاصة إذا كانت لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تابعة لمصالح عمومية إدارية كالولاية، أو البلدية، أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، لكن الإشكال قد يثور عندما تكون لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تابعة لمراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف هذه المؤسسات بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة⁽¹⁾.

فمحضر عدم جدوى طلب العروض الصادر عن هذه المؤسسات لا يمكن أن يكون محل طعن أمام القضاء الإداري؛ لأن هذا الأخير يختص فقط بإلغاء القرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، وكذلك البلدية والمصالح الأخرى للبلدية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري⁽²⁾.

المطلب الثاني: الرقابة الخارجية (القبليّة)

إن الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية تمارسها أجهزة كثيرة ومتعددة، منها الوزارة الوصية ورقابة الوصاية، ومنها مجلس المحاسبة الذي يقوم على حماية المال العام والحقوق الخزينة العمومية، ومنها الرقابة القضائية والمتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية، ومنها أجهزة أخرى ذات طابع مالي.

ولكننا في هذا المطلب سنتطرق للرقابة الخارجية القبليّة التي تقوم بها لجان الصفقات العمومية فقط، هذه اللجان التي اعتمد المشرع في اسناد اختصاصها كأصل عام على المعيارين العضوي والمالي، كما حرص على أن

1- أنظر: المادة السادسة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

2- أنظر: المادة 801 من القانون رقم 08-09، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

تسند رئاستها للمسؤول الأول للجهة المعنية بالصفقة؛ الوزير الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، مدير المؤسسة... إلخ.

إن رقابة لجان الصفقات العمومية الخارجية آلية أخرى من آليات الرقابة الإدارية تهدف إلى تحقيق البرنامج الحكومي بكفاءة وفعالية ⁽¹⁾ ولتحقيق هذا الغرض تم تأسيس لجان الصفقات على مستويات مختلفة تكفل الرقابة المسبقة للصفقات كلّ في مجال اختصاصها المحدد عبر التنظيم ⁽²⁾.

نصت المادة 165 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على إحداث لجان للصفقات العمومية تكلف بالرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية، ولقد قسمها المرسوم المذكور إلى قسمين:

1- لجان صفقات عمومية للمصلحة المتعاقدة، تكلم عنها المشرع من المواد 169 إلى 178 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2- لجان صفقات عمومية قطاعية، تكلم عنها المشرع من المواد 179 إلى 190 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ولقد وزع المشرع الاختصاص بين كل من لجان الصفقات للمصلحة المتعاقدة ولجان الصفقات القطاعية على أسس الاعتبار المالي، حيث تؤول الصفقات المتعلقة بالمبالغ المالية الضخمة حصريا للجنة الصفقات القطاعية، ودونها يعرض على لجنة الصفقات للمصلحة المتعاقدة.

لفرع الأول: رقابة لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة (التشكيلة-الاختصاصات).

أهمية الرقابة على الصفقات العمومية أدى بالمشرع إلى إقرارها على كلّ المستويات بدء بالمصالح المتعاقدة المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية إلى المستوى البلدي وصولاً إلى المستوى الولائي.

ولقد جاء القسم الفرعي الأول بعنوان "اختصاص لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة وتشكيلها من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فذكر اللجان التالية:

1- اللجنة الجهوية للصفقات (المادة 171).

2- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكلي غير المركز للمؤسسة الوطنية ذات الطابع الإداري (المادة 172).

1 - خرباشي عقيلة، "دور تعدد أشكال وهيئات الرقابة في ضمان مشروعية الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني حول الصفقات العمومية، المركز الجامعي العربي بن مهيدي، يومي 13 و 14 ماي، 2007، ص 5.

2 - لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص 85.

3- اللجنة الولائية للصفقات العمومية (المادة 173).

4- اللجنة البلدية للصفقات العمومية (المادة 174).

5- لجنة الصفقات الخاصة بالمؤسسات العمومية المحلية والهيكل غير المركز للمؤسسة الوطنية ذات الطابع الإداري غير المشمول بنص المادة 172 (المادة 175).

وبالنسبة لصفقات وزارة الدفاع الوطني وطابعها الخاص، فقد أشارت المادة 168 من المرسوم 15-247، إلى أنها تخضع لرقابة قبلية من طرف لجان يتم تشكيلها لهذا الغرض، وبخصوص صفقات المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة فقد نصت المادة 167 في فقرتها الثانية، أن تنظيمها يرجع للنظام الداخلي لكل منهما.

أولاً: اللجنة الجهوية للصفقات العمومية.

تعد اللجنة الجهوية للصفقات العمومية لجنة جديدة من حيث التسمية تضمنها المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته 171، حيث نصت على تشكيلها ومهامها، فنجدها تتشكل من:

- الوزير المعني أو ممثله وتكون له رئاسة اللجنة، وهو أمر منطقي على أساس أن الأمر متعلق بإدارة جهوية تابعة وصائياً لوزارة ما.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة، لأنها هي الجهة المعنية بالتعاقد، ولمعرفتها المباشرة بمتعلقات الصفقة.
- ممثلين للوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية، ومصلحة المحاسبة)، للتأكيد على صلة الصفقات العمومية بالخزينة العمومية والمال العام، خاصة إذا كان مبلغ الصفقة كبير.
- ممثل الوزير المعني بالخدمة، وذلك حسب موضوع الصفقة.
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، لعلاقة الصفقات بالحركة التجارية وتفاعلها معها.

يتضح من التشكيلة السابقة لهذه اللجنة أنها لجنة تقنية محضة، ولذلك لم يرد في تشكيلتها ذكر للعنصر المنتخب.

وبالنسبة لاختصاصات هذه اللجنة فقد حددتها المادة 171 من المرسوم الرئاسي 15-247، وضمن حدود المستويات المحددة في المطات 1 إلى 4 من المادة 184 وفي المادة 139 من هذا المرسوم بحسب الحالة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية.

فاللجنة الجهوية للصفقات تتولى دراسة مشروع دفتر شروط الصفقة في كل أشكال طلبات العروض قبل الإعلان عنها، بل وحتى في بعض حالات التراضي يؤخذ رأيها⁽¹⁾.

1 - أنظر: المادة 3-2/51، من المرسوم الرئاسي 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

كما تختص اللجنة بدراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة، حيث نصت المادة 82 من المرسوم 247-15 في فقرتها الثانية على أنه يشار في إعلان المنح المؤقت للجنة الصفقات التي ينبغي عرض الطعن أمامها في مدة 10 أيام يتم خلالها تقديم طعونهم.

كما تدرس مشاريع الملاحق ولكن ضمن الحد المالي المطلوب في المرسوم 247-15⁽¹⁾، حيث لا يخضع هذا الملحق لرقابة اللجنة الجهوية للصفقات متى تم ضمن 10% من المبلغ الأصلي للصفقة الأصلية، مما يعني أن الاختصاص يعقد للجنة متى توفر المعيار العضوي والمعيار المالي⁽²⁾.

فعقد الاختصاص لهذه اللجنة مرهون بتوفر المعيار العضوي والمعيار المالي؛ المعيار العضوي عندما تكون المصلحة المتعاقدة هي أحد الهيئات المذكورة في المادة 171⁽³⁾ من المرسوم الرئاسي 247-15، والمعيار المالي المتمثل في الحد المالي المطلوب والمتمثل في:

- بالنسبة لصفقة الاشغال يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو يقل عن 1.000.000.000 مليار دينار فإنها تخضع للجنة الجهوية للصفقات وما زاد فإنه يخضع للجنة القطاعية للصفقات.
 - بالنسبة لصفقة اقتناء اللوازم يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو أقل 300.000.000 دج ثلاثمائة مليون دينار، فإنها تخضع للجنة الجهوية للصفقات وما زاد فإنه يخضع للجنة القطاعية للصفقات.
 - بالنسبة لصفقات الخدمات يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو يقل عن 200.000.000 دج مائتي مليون دينار، فإنها تخضع للجنة الجهوية للصفقات وما زاد فإنه يخضع للجنة القطاعية للصفقات.
 - بالنسبة لصفقة الدراسات يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو يقل عن 100.000.000 دج مائة مليون دينار جزائري، فإنها تخضع للجنة الجهوية للصفقات وما زاد فإنه يخضع للجنة القطاعية للصفقات⁽⁴⁾.
- وفي النتيجة فإن الفصيل في موضوع قواعد الاختصاص بين لجان الصفقات هو المعيار العضوي والمعيار المالي كما أشرنا سابقا.

ثانيا- رقابة لجنة الصفقات للمؤسسة الوطنية العمومية والهيكل غير المركز للمؤسسة الوطنية العمومية ذات الطابع الإداري.

إن هذه اللجنة قد تم استحداثها في المرسوم الرئاسي 247-15 في مادته 172، حيث نصت على تشكيلها ومهامها، فنجدها تتشكل من:

-
- 1- المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.
 - 2 - المادة 171 و184 من المرسوم الرئاسي 247-15، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.
 - 3- المصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية.
 - 4 - أنظر: المادة 184، من المرسوم الرئاسي 247-15، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

- ممثل عن السلطة الوصية رئيساً.
- المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.
- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (أحدهما عن المديرية العامة للميزانية، والآخر عن المديرية العامة للمحاسبة).
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة موضوع الصفقة.
- ممثل عن وزير التجارة.

وبالنسبة لاختصاصات هذه اللجنة فقد حددتها المادة 172 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث تتولى هذه اللجنة دراسة مشروع دفتر شروط الصفقة في كل أشكال طلبات العروض قبل الإعلان عنها، بل وحتى في بعض حالات التراضي يؤخذ رأيها⁽¹⁾، فكأن هذه اللجنة تمارس دور السلطة التشريعية عندما تدرس مشاريع القوانين وتصادق عليها، وذلك دليل على أن المشرع يسعى إلى أن تدار الصفقة العمومية وتسير بكيفية جماعية من أجل عدم الوقوع في الفساد.

كما تختص اللجنة بدراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة، حيث نصت المادة 82 من المرسوم 15-247 في فقرتها الثانية على أنه يشار في إعلان المنح المؤقت للجنة الصفقات التي ينبغي عرض الطعن أمامها في مدة 10 أيام يتم خلالها تقديم طعونهم، وذلك تجسيدا من المشرع للآليات المكرسة لمبدأ الشفافية. كما تدرس مشاريع الملاحق ولكن ضمن الحد المالي المطلوب في المرسوم 15-247⁽²⁾، حيث لا يخضع هذا الملحق لرقابة اللجنة الجهوية للصفقات متى تم ضمن 10% من المبلغ الأصلي للصفقة الأصلية، مما يعني أن الاختصاص يعقد للجنة متى توفر المعيار العضوي والمعيار المالي⁽³⁾.

فعقد الاختصاص لهذه اللجنة مرهون بتوافر المعيار المالي المتمثل في الحد المالي المطلوب والمتمثل في:

- بالنسبة لصفقة الاشغال يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو يقل عن 1.000.000.000 مليار دينار فإنها تخضع للجنة الجهوية للصفقات وما زاد فإنه يخضع للجنة القطاعية للصفقات.
- بالنسبة لصفقة اقتناء اللوازم يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو أقل 300.000.000 دج ثلاثمائة مليون دينار، فإنها تخضع للجنة الجهوية للصفقات وما زاد فإنه يخضع للجنة القطاعية للصفقات.
- بالنسبة لصفقات الخدمات يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو يقل عن 200.000.000 دج مائتي مليون دينار، فإنها تخضع للجنة الجهوية للصفقات وما زاد فإنه يخضع للجنة القطاعية للصفقات.

1 - أنظر: المادة 3-2/51، من المرسوم الرئاسي 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

2- المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

3 - المادة 171 و184 من المرسوم الرئاسي 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

بالنسبة لصفقة الدراسات يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو يقل عن 100,000,000 دجائة مليون دينار جزائري، فإنها تخضع للجنة الجهوية للصفقات وما زاد فإنه يخضع للجنة القطاعية للصفقات.

ثالثاً - رقابة اللجنة الولائية للصفقات.

إن اللجنة الولائية للصفقات تستمد أساسها التنظيمي من نص المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي نصت على تشكيلها ومهامها، فنجدتها تتشكل من:

- الوالي أو ممثله رئيساً.
- ممثل المصلحة المتعاقدة.
- ثلاثة ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي (حيث لم يحدد المشرع كيفية اختيارهم ولا من يختارهم).
- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (أحدهما عن المديرية العامة للميزانية، والآخر عن المديرية العامة للمحاسبة)، وهذا الأمر مدعاة للتناقض، حيث أن المراقب المالي عضو في لجنة الصفقات من جهة، وهو من يتولى عملية الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية من جهة أخرى، الأمر الذي قد يفقد المراقب المالي الحياد⁽¹⁾.
- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية حسب موضوع الصفقة.
- المدير الولائي للتجارة.

وما يلاحظ على هذه التشكيلة أنها ضمت أشخاصاً ينتمون إلى جهات مختلفة (التجارة والمالية والأشغال العمومية وتهيئة الإقليم)، مما يعطي لهذه اللجنة شمولية من حيث أعمالها، إضافة لانتماء أعضاء منتخبين من طرف الشعب لهذه اللجنة.

أناط المشرع إلى اللجنة الولائية رقابة الصفقات على المستوى الولائي وبين اختصاصاتها⁽²⁾، فعهد إليها دراسة مشاريع دفاتر الشروط الخاصة بالصفقات والملاحق والمصادقة عليها، ودراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت.

حيث تتولى اللجنة الولائية للصفقات دراسة مشروع دفتر شروط الصفقة في كل أشكال طلبات العروض قبل الإعلان عنها، بل وحتى في بعض حالات التراضي يؤخذ رأيها.

كما تختص اللجنة بدراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة، حيث نصت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، في فقرتها الثانية على أنه يشار في إعلان المنح المؤقت للجنة الصفقات التي ينبغي عرض

1 - ناصر نايلي، فعالية نظام الرقابة المالية في الجزائر، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2015، ص 75-76.

2- أنظر: المادة 173، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

الطعن أمامها في مدة 10 أيام يتم خلالها تقديم طعونهم.

كما تدرس اللجنة الولائية للصفقات مشاريع الملاحق ولكن ضمن الحد المالي المطلوب في المرسوم 15-247⁽¹⁾، حيث لا يخضع هذا الملحق لرقابة اللجنة الجهوية للصفقات متى تم ضمن 10% من المبلغ الأصلي للصفقة الأصلية، مما يعني أن الاختصاص يعقد للجنة متى توفر المعيار العضوي والمعياري المالي.

إن عقد الاختصاص لهذه اللجنة مرهون بتوافر المعيار العضوي والذي ينقسم إلى:

- 1- المعيار العضوي المكرس بموجب المادة 173 في مطتها الأولى؛ والذي اشترط لعقد الاختصاص للجنة الولائية في مراقبة الصفقات، أن تكون المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة إما:
 - الولاية كتنظيم إداري محلي في حدود العتبة المالية المحددة.
 - صفقات المصالح غير المركزة للدولة (المديريات التنفيذية على مستوى الولاية، والمصالح الخارجية للإدارات المركزية الغير مشمولة بالمادة 172 من هذا المرسوم).

والمعيار المالي المطلوب لذلك يتمثل في:

- بالنسبة لصفقة الاشغال يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو يقل عن 1.000.000.000 مليار دينار فإنها تخضع للجنة الجهوية للصفقات وما زاد فإنه يخضع للجنة القطاعية للصفقات.
- بالنسبة لصفقة اقتناء اللوازم يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو أقل 300.000.000 دج ثلاثمائة مليون دينار، فإنها تخضع للجنة الجهوية للصفقات وما زاد فإنه يخضع للجنة القطاعية للصفقات.
- بالنسبة لصفقات الخدمات يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو يقل عن 200.000.000 دج مائتي مليون دينار، فإنها تخضع للجنة الجهوية للصفقات وما زاد فإنه يخضع للجنة القطاعية للصفقات.
- بالنسبة لصفقة الدراسات يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو يقل عن 100.000.000 دج مائة مليون دينار جزائري، فإنها تخضع للجنة الجهوية للصفقات وما زاد فإنه يخضع للجنة القطاعية للصفقات.

2- المعيار العضوي المكرس بموجب المادة 173 في مطتها الثانية؛ حيث يمتد الاختصاص العضوي ليشمل أيضا:

- صفقات البلدية التي تبرمها في حدود مالية خارجة عن اختصاص اللجنة البلدية للصفقات؛ أي يجب أن يساوي مبلغ الصفقة أو يفوق 200.000.000 دج مائتي مليون دينار جزائري بالنسبة لصفقة الأشغال أو اللوازم، و 50.000.000 دج خمسين مليون دينار جزائري بالنسبة للصفقات الخدمات، و 20.000.000 دج عشرين مليون دينار جزائري لصفقة الدراسات.
- صفقات المؤسسات العمومية المحلية والتي تبرمها في الحدود المالية سابقة الذكر.

1- المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

الخلاصة: يتمثل اختصاص اللجنة الولائية في الرقابة على الصفقات في مايلي:

- الولاية كشخص اعتباري عام.
- المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، فهي لا تملك الشخصية الاعتبارية.
- البلدية فيما يبلغ الحد المالي المنصوص عليه في المطة الثانية من المادة 173.
- المؤسسات العمومية المحلية التابعة للولاية أو البلدية، ضمن الحدود المالية المذكورة في المطة الثانية من المادة 173.

رابعاً: رقابة اللجنة البلدية للصفقات.

إن المشرع الجزائري في قانون البلدية الصادر بموجب القانون رقم 10-11⁽¹⁾، نص في المادة 189 منه على أن إبرام صفقات الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات تخضع لنظيم الصفقات العمومية. إن الرقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية على المستوى البلدي موكلة لكل من رئيس المجلس الشعبي البلدي، وكذا اللجنة البلدية للصفقات.

فلقد نصت المادة 82 من القانون رقم 10-11 والمتعلق بالبلدية على أن: "إن رئيس المجلس الشعبي البلدي يقوم باسم البلدية، وتحت مراقبة المجلس بجميع الأعمال الخاصة بالمحافظة على الأموال والحقوق التي تكون منها ثروة البلدية لا سيما ما يأتي : - إبرام المناقصات أو المزايدات الخاصة بأشغال البلدية ومراقبة حسن تنفيذها....".

كما نص المرسوم الرئاسي رقم 15-247، في نص المادة 174 على تشكيلة واختصاصات هذه اللجنة، فنجدها تتشكل من:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيساً.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- منتخبين اثنين يمثلان المجلس الشعبي البلدي.
- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (أحدهما عن المديرية العامة للميزانية، والأخر عن المديرية العامة للمحاسبة).
- ممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة، والذي يتولى تزويد أعضاء الجلسة بكل المعلومات المتعلقة بالصفقة.

1 - القانون رقم 10-11، المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق 22 يونيو 2011، والمتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية العدد رقم 37، لعام 2011.

ولقد أناط المشروع إلى هذه اللجنة البلدية رقابة الصفقات على المستوى البلدي وبين اختصاصاتها في المادة 174 من المرسوم الرئاسي 15-247.

حيث تتولى اللجنة البلدية للصفقات دراسة مشروع دفتر شروط الصفقة في كل أشكال طلبات العروض قبل الإعلان عنها، بل وحتى في بعض حالات التراضي يؤخذ رأيها كما بيناه سابقا.

كما تختص اللجنة بدراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة، حيث نصت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، في فقرتها الثانية على أنه يشار في إعلان المنح المؤقت للجنة الصفقات التي ينبغي عرض الطعن أمامها في مدة 10 أيام يتم خلالها تقديم طعونهم.

كما تدرس اللجنة البلدية للصفقات مشاريع الملاحق ولكن ضمن الحد المالي المطلوب في المرسوم 15-247⁽¹⁾، حيث لا يخضع هذا الملحق لرقابة اللجنة الجهوية للصفقات متى تم ضمن 10% من المبلغ الأصلي للصفقة الأصلية، مما يعني ان الاختصاص يعقد للجنة متى توفر المعيار العضوي والمعياري المالي.

إن عقد الاختصاص لهذه اللجنة مرهون بتوافر المعيار العضوي، فالبلدية طرف معني بالصفقة كإدارة محلية مستقلة، والمعياري المالي المكرس بموجب المادة 173، حيث أن الصفقات التي تبرمها البلدية ضمن الحدود المالية، والتي ينبغي أن يقل ثمن الصفقة فيها 200.000.000 دج مائتي مليون دينار جزائري بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم، وبالنسبة لصفقة الخدمات أن يقل مبلغ الصفقة عن 50.000.000 دج خمسين مليون دينار جزائري، و 20.000.000 دج عشرون مليون دينار جزائري بالنسبة لصفقة الدراسات.

خامسا: رقابة لجنة الصفقات للمؤسسة الوطنية العمومية والهيكل غير الممركز للمؤسسة الوطنية العمومية ذات الطابع الإداري.

نصت المادة 175 من المرسوم الرئاسي 15-247 على تشكيلة هذه اللجنة واختصاصاتها، فتتشكل من:

- ممثل السلطة الوصية رئيسا.
- المدير العام أو مدير المؤسسة حسب الحال مؤسسة وطنية، بلدية، ولائية.
- ممثلان عن الوزير المكلف بالمالية (أحدهما عن المديرية العامة للميزانية، والأخر عن المديرية العامة للمحاسبة).

- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة.

- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة.

وتمارس هذه اللجنة الاختصاصات التالية:

1- المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

- تتولى هذه اللجنة دراسة مشروع دفتر شروط الصفقة في كل أشكال طلبات العروض قبل الإعلان عنها، بل وحتى في بعض حالات التراضي يؤخذ رأيها كما بيناه سابقا.
- كما تختص اللجنة بدراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة، حيث نصت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، في فقرتها الثانية على أنه يشار في إعلان المنح المؤقت للجنة الصفقات التي ينبغي عرض الطعن أمامها في مدة 10 أيام يتم خلالها تقديم طعونهم.
- كما تدرس هذه اللجنة مشاريع الملاحق ولكن ضمن الحد المالي المطلوب في المرسوم 15-247⁽¹⁾، حيث لا يخضع هذا الملحق لرقابة اللجنة الجهوية للصفقات متى تم ضمن 10% من المبلغ الأصلي للصفقة الأصلية، مما يعني ان الاختصاص يعقد للجنة متى توفر المعيار العضوي والمعياري المالي.
- إن عقد الاختصاص لهذه اللجنة مرهون بتوافر المعيار العضوي، فالمؤسسة العمومية المحلية والهيكلي غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري طرفا معنيا بالصفقة، والمعياري المالي المكرس بموجب المادة 173، حيث أن الصفقات التي تبرمها المؤسسات سابقة الذكر ضمن الحدود المالية، والتي ينبغي أن يقل ثمن الصفقة فيها 200.000.000 دج مائتي مليون دينار جزائري بالنسبة لصفقات الأشغال واللازم، وبالنسبة لصفقة الخدمات أن يقل مبلغ الصفقة عن 50.000.000 دج خمسين مليون دينار جزائري، و 20.000.000 دج عشرون مليون دينار جزائري بالنسبة لصفقة الدراسات.

الفرع الثاني: اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.

- أعلنت المادة 179 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 عن إحداث لجنة قطاعية للصفقات على مستوى كل دائرة وزارية، مهمتها الرقابة على الصفقات العمومية ضمن النطاق المحدد في المادة 184.
- وذهبت المادة 185 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لبيان تشكيلة هذه اللجنة، فهي تتشكل من:
 - الوزير المعني أو ممثله رئيسا.
 - ممثل الوزير المعني نائب الرئيس.
 - ممثل المصلحة المتعاقدة.
 - ممثلان عن القطاع المعني.
 - ممثلان عن الوزير المكلف بالمالية (أحدهما عن المديرية العامة للميزانية، والأخر عن المديرية العامة للمحاسبة).

1 - المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

ولقد صدر قرار عن وزارة المالية بتاريخ 2016⁽¹⁾، محددًا لأعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية، حيث أشار للأعضاء الدائمين والإضافيين.

واشترطت المادة 187 من المرسوم 15-247 شرط الكفاءة في أعضاء هذه اللجنة، ثم حددت مدة العضوية فيها بثلاث سنوات، تمارس خلالها اللجنة أعمالها انطلاقًا من نظام داخلي تصادق عليه، ثم يصدر بموجب مرسوم تنفيذي⁽²⁾.

وذهبت المادة 175 ومايليها من المرسوم 15-247 إلى بيان اختصاصات هذه اللجنة⁽³⁾، حيث تمارس الاختصاصات التالية:

- تتولى هذه اللجنة دراسة مشروع دفتر شروط الصفقة في كل أشكال طلبات العروض قبل الإعلان عنها، بل وحتى في بعض حالات التراضي يؤخذ رأيها كما يبينه سابقا.
- كما تختص اللجنة بدراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة، حيث نصت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، في فقرتها الثانية على أنه يشار في إعلان المنح المؤقت للجنة الصفقات التي ينبغي عرض الطعن أمامها في مدة 10 أيام يتم خلالها تقديم طعونهم.
- كما تدرس هذه اللجنة مشاريع الملاحق ولكن ضمن الحد المالي المطلوب في المرسوم 15-247⁽⁴⁾، حيث لا يخضع هذا الملحق لرقابة لجنة الصفقات المعنية متى تم ضمن 10% من المبلغ الأصلي للصفقة الأصلية، مما يعني أن الاختصاص يعقد للجنة متى توفر المعيار العضوي والمعياري المالي.
- إن عقد الاختصاص لهذه اللجنة مرهون بتوافر المعيار العضوي، إلا أن المواد من 179 إلى 190 كانت غير محددة لهذا المعيار بوضوح حيث شابه غموض كبير، والمعياري المالي المتمثل في الحد المالي المطلوب كان على مستويين:

1 - القرار الوزاري الصادر بتاريخ 12 يناير 2016، والمتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة المالية، الجريدة الرسمية العدد رقم 17، لعام 2016، ثم تالت بعدها القرارات الوزارية المتعلقة بتعيين أعضاء هذه اللجنة حسب كل قطاع.

2 - أنظر: المادة 190 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سابق.

3 - أنظر: المادة 175 وما يليها من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر نفسه.

4 - المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، المصدر نفسه.

- المستوى الأول: بالنسبة لصفقات الأشغال ينبغي أن يفوق السقف المالي لصفقة الأشغال المراد عرضها على هذه اللجنة عن مليار دينار جزائري 1.000.000.000 دج، وبالنسبة لصفقة اقتناء اللوازم ينبغي أن يفوق السقف المالي لصفقة الأشغال المراد عرضها على هذه اللجنة عن ثلاثمائة مليون دينار جزائري 300.000.000 دج، وبالنسبة لصفقة الخدمات ينبغي أن يفوق السقف المالي لصفقة الخدمات المراد عرضها على هذه اللجنة عن مائتي مليون دينار جزائري 200.000.000 دج، ومئة مليون دينار جزائري 100.000.000 دج.

- المستوى الثاني: فيما يتعلق بصفقات الوزارة؛ حيث تكون بالنسبة لصفقة الأشغال واللوازم بأن يفوق السقف المالي لصفقة الأشغال واللوازم المراد عرضها على هذه اللجنة عن اثني عشرة مليون دينار جزائري 12.000.000.000 دج كسقف موحد، وبالنسبة لصفقة اقتناء اللوازم والدراسات بأن يفوق السقف المالي لصفقة اقتناء اللوازم والدراسات المراد عرضها على هذه اللجنة عن ستة ملايين دينار جزائري 6.000.000 دج.

النتيجة: الرقابة الفعالة هي التي تكون على جميع المستويات وفي كل مراحل إبرام الصفقة وعلى جميع الصفقات التي يبرمها الأشخاص المنصوص عليها في أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، وإفلات أي إجراء أو أي صفقة أو أي شخص يفرغ الرقابة من محتواها، مما قد يؤدي إلى تجاوزات يمكن أن تلحق بالصفقة سواء في مرحلة الإبرام أو حتى في مرحلة التنفيذ⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الوصاية أسلوب رقابي تكميلي على الصفقات العمومية-الرقابة الوصائية-

إضافةً إلى الرقابة الداخلية والخارجية هناك أنماط رقابية أخرى حماية للمال العام ولتقرير شفافية أكبر على عملية إبرام الصفقات العمومية ومن بين هذه الأساليب الرقابية نجد رقابة الوصاية⁽²⁾.

تعددت التعاريف التي قيلت بشأن الرقابة الوصائية، و تتعلق في مجملها بالرقابة التي تمارسها الدولة على الهيئات والجهات اللامركزية، أو هي رقابة المشروعية والملائمة على تصرفات وأعمال الجهات اللامركزية الإقليمية أو المصلحية بواسطة الجهات المركزية بغية الحفاظ على كيان الدولة السياسي والاقتصادي والاجتماعي ولا يمكن ممارستها إلا في حدود ما هو منصوص عليه في القوانين⁽³⁾.

1 - أنظر: د. تياب نادية، مادة قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 50.

2- يعود إدراج الرقابة الوصائية في إطار الرقابة الإدارية الخارجية لسببين:

-فهي رقابة خارجية لأنها تمارس خارج المصلحة المتعاقدة،

-وهي رقابة إدارية لأنها تمارس من هيئات إدارية.

3- LOMBARD Martine et DUMONT Grilles, Droit administratif, 6ème édition, DALLOZ, Paris, 2005, P 144.

ملاحظة: إذا كانت الغاية من الرقابة الخارجية هو التأكد من احترام قواعد وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، فإن الغاية من الرقابة الوصائية يتمثل أساساً في التأكد من ملائمة الصفقات العمومية لأهداف الفعالية والاقتصاد، وفيما إذا كان يدخل موضوع الصفقة في إطار البرنامج والأسبقيات المرسومة، وهي الرقابة التي تقوم بها الوصاية قبل البدء في تنفيذ الصفقة حفاظاً على المال العام وتحقيقاً للديمقراطية المحلية.

وإذا أخذنا مثلاً عن الرقابة الوصائية فيجب على البلدية إرسال الملف الكامل للصفقة إلى الوالي، بدءاً من محضر التأشير على دفتر الشروط والإعلان عن المناقصة في الجرائد الوطنية والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وصولاً إلى التأشيرة الممنوحة من هيئات الرقابة الخارجية، والمداولة الخاصة بالصفقة⁽¹⁾.

تتضمن المداولة مختلف المراحل التي مرت بها الصفقة، فيتم التأكد من وجود النفقة، وفيما إذا تم منح المشروع للعارض الذي قدم أحسن أو أقل عرض حسب الحالة، وللوالي مهلة 30 يوماً للمصادقة عليها والتقرير في شرعيتها وصحتها، كما له حق المطالبة بتصحيح الأخطاء وحتى إبطال المداولة.

ملاحظة 1 :

- تخصيص مادة واحدة للرقابة الوصائية دون النص على إلزاميتها جعلها غامضة، يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة للرقابة الوصائية في قانوني البلدية والولاية لفهمها، خاصة وأن مجال الصفقات العمومية واسع وإجراءات الإبرام معقدة وتنفيذ الصفقة يستوجب رقابة واضحة محددة المعالم لتفادي الانحرافات.

- عدم وجود تنسيق أو انسجام بين رقابة الوصاية ورقابة اللجان سواء الداخلية أو الخارجية⁽²⁾.

أكد المشرع في نص المادة 118 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، أن كل الصفقات العمومية تخضع لمختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم، هذا النص يطرح مشكل تحديد الجهة الوصية المخولة بهذا النوع من الرقابة بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، فهي أشخاص عامة تتمتع بالاستقلال المالي، خاصة وأن المادة 7 من القانون رقم 88-01⁽³⁾، نصت صراحة على أن المؤسسة العمومية الاقتصادية تلتزم وتعاقد بكيفية مستقلة بواسطة أجهزتها

1 - MARCEAU Anne et VERPEAUX Michel, "Qui exerce le contrôle de légalité sur les actes des collectivités locale ?", **Revue Française de Droit Administratif**, N°1, Paris, 2001, P 129.

2 - Rapport du gouvernement français au parlement sur le contrôle à posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux, 21ème rapport, 2004, 2005, 2006, P 34.

Publié sur le site : <http://www.lesrapportes-ladocumentationfrancaise.fr>

3 - القانون رقم 88-01، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج 1 العدد رقم 02، لعام 1988، ملغى جزئياً بالأمر رقم 95-25، المؤرخ في 25 ديسمبر 1995، يتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة

المؤهلة لهذا الغرض، بمقتضى قانونها الأساسي طبقاً لقواعد التجارة والأحكام التشريعية المعمول بها في مجال الالتزامات المدنية والتجارية.

أما المؤسسات ذات الطابع الوطني فلا يوجد نص صريح يمكن اعتماده كمعيار لمعرفة الرقابة الوصائية وتحديد أساسها القانوني والجهة المخولة بممارستها.

لكن بالرجوع دائماً إلى القانون رقم 01-88 يستشف أن المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الوطنية يعود الاختصاص بشأنها للوزارة الوصية على قطاع نشاطها. ولضمان فعالية الرقابة تم استحداث لجان قطاعية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23، لذا جاء تعديل عنوان القسم الفرع الثاني من القسم الثاني من الباب الخامس بالشكل الآتي

"اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات وتشكيلها"، تختص هي الأخرى بالرقابة الخارجية على الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على أساس أن هذه المؤسسات تنشط في قطاعات معينة.

والمعيار المالي المحدد لاختصاص اللجان القطاعية هو ذات المعيار المحدد لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات.

السؤال المطروح: كيف نميز بين اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية مادام المعيار المالي واحداً؟

الفصل بين اختصاص هذه اللجان هو المعيار العضوي، أي عندما تكون الصفقة مبرمة من طرف مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تكون اللجان القطاعية هي المختصة، وتختص اللجان الوطنية عندما تبرم الصفقة من إدارة مركزية أو محلية فاق سقفها المالي حدود اختصاص اللجنة الولائية للصفقات العمومية.

كما يمكن أن تمارس رقابة الوصاية عند الانتهاء من تنفيذ الصفقة بعد التسليم النهائي للمشروع، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بإعداد تقرير تقييمي عن ظروف إنجاز المشروع وكلفته الإجمالية، يرسل التقرير حسب نوعية النفقة الملزم بها إلى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي وكذلك إلى هيئة الرقابة الخارجية⁽¹⁾.

للدولة، ج ر عدد (55) ، بتاريخ 25 ديسمبر 1995 ، ملغى بموجب الأمر رقم 01-04، المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر عدد (47) ، لعام 2001 .

1 - OUCHEN Mohamed، "Pouvoirs de l'assemblée populaire de wilaya", **Revue du Conseil d'Etat**, N° 03, Alger, 2003, P 79.

المبحث الثاني: رقابة القضاء الإداري للصفقات العمومية

رغم حرص المشرع على إيجاد نظام يهدف من خلاله الحفاظ على المال العام وترشيد النفقات العمومية، إلا أن المساس بقواعد وإجراءات إبرام الصفقات العمومية يبقى أمرا كثير الحصول، لذا كان لابد من تقرير رقابة القضاء الإداري نظرا لأهمية الصفقات العمومية سواء أمام قضاء الإلغاء (المطلب الأول) أو أمام قضاء الاستعجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول - رقابة قضاء الإلغاء للصفقات العمومية

لم يقص قضاء الإلغاء من منازعات الصفقات العمومية على إطلاقه، إذ أقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي إمكانية إلغاء بعض القرارات المتصلة بالصفقة العمومية، على أساس أن عملية الإبرام مركبة يدخل في طياتها عدة إجراءات تمهيدية وقرارات لم تكتسب بعد الطابع التنفيذي والنهائي، لذا تم تأسيس نظرية جديدة سميت بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة (الفرع الأول).

ولما كان القرار الإداري المنفصل هو محل أو موضوع دعوى الإلغاء، يعني ذلك اعترافا من القضاء أنه قرار يحمل خصائص القرار الإداري، بالمفهوم الفني للقانون الإداري ولما كان الأمر كذلك يعني إلغاءه يجب أن يستند إلى إحدى عيوب المشروعية كأبي قرار إداري غير مشروع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظرية القرار الإداري المنفصل أساس دعوى الإلغاء

وهي النظرية التي يتقرر على أساسها الحق في رفع دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية، ولأهميتها يتعين الوقوف عند مفهومها (أولا) وتحديد مجالها حتى يتسنى تحديد القرارات المتعلقة بالصفقة التي يشملها الإلغاء (ثانيا).

أولا: مفهوم القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية

يمكن تعريف القرارات الإدارية المنفصلة على أنها: "قرارات تكون جزء من بنية عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالا عن ذات العقد"⁽¹⁾.

1 - عرف القضاء الجزائري نظرية القرارات الإدارية المنفصلة سواء في منازعات "نزع الملكية للمنفعة العامة" أو المنازعات المتعلقة "بالانتخابات التشريعية"، وفي مجال العملية العقودية لكن ما يهمننا في مجال دراستنا تلك القرارات المنفصلة القرارات المنفصلة في مجال العقود والصفقات العمومية، ومن تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة رفض مداولة مداولة صادرة من مجلس محلي متعلقة بعقد امتياز، إذ اعتبرته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قرارا إداريا منفصلا وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 18-04-1969 في قضية اتحاد النقل والشركة.

كما يمكن تعريفها بأنها: "تلك الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة تساهم في تكوين عقد من العقود الإدارية ومن ثم يمكن فصلها عن ذات العقد المرتبطة به وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالاً عن العملية العقدية" (1).

ثانياً: مجال تطبيق نظرية القرار الإداري المنفصل

يكتنف نظرية القرارات الإدارية المنفصلة الكثير من الغموض في التشريع الجزائري، غير أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 9 من قانون رقم 06-01، المعدلة والمتممة بالأمر رقم 10-05، والتي جاء فيها: "ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية"، فعمومية النص توضح بصفة ضمنية اعتبار قواعد إبرام الصفقات العمومية بمثابة قرارات إدارية قابلة للانفصال عن الصفقة، وبالتالي يجوز الطعن فيها بكل طرق الطعن.

السؤال المطروح: تتكون الصفقة العمومية من عدة قرارات فما هي القرارات التي يمكن الطعن فيها

فيها بالإلغاء باعتبارها قرارات إدارية منفصلة؟

يرى جانب كبير من الفقه بأنه لا يمكن قبول الطعن ضد القرارات التحضيرية (2) وإنما يجب أن ينصب الطعن ابتداء من قرار الإعلان عن الصفقة إلى منحها، ولا سيما القرارات الخاصة بالتصديق على الصفقة (3).

تبعاً لذلك يمكن دراسة هذه القرارات اعتماداً على الترتيب المعمول به في إصدارها.

1- الطعن بالإلغاء ضد قرار الإعلان عن الصفقة العمومية:

الإعلان شرط أساسي في قيام الصفقة وكل إخلال بأحكامه يمكن أن يكون سبباً في رفع دعوى الإلغاء (4)، وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على اعتباره قراراً إدارياً منفصلاً، إذ رتب بطلان قرارات الإعلان إذا وقعت مخالفة للشروط والشكليات الجوهرية المقررة قانوناً، لذا يجوز لكل من تأثرت مصالحه جراء عدم مشروعيته الطعن فيه استقلالاً.

1- وسيم نظير سويدات، مرجع سابق، ص 01 .

2 - علي خاطر الشنطاوي، القرار الإداري الأردني، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، دون دار نشر، عمان، 1995، ص 447.

3 - محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 28.

4 - لمزيد من التفصيل حول شروط الإعلان وأحكامه انظر ص 71 من هذا البحث.

كما أكد القضاء المصري هذا الاتجاه في العديد من أحكامه خاصة في حكمه الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1997 فيما يتعلق بعقد مقاوله أن الأعمال التمهيدية من وضع شروط المناقصة والإعلان عنها وتلقي العطاءات وإرساء المناقصة يتم بقرارات إدارية تتخذها جهة الإدارة للإفصاح عن إرادتها فكل ما يتخذ من قرارات بهذا الصدد ويكون مخالفاً للقوانين واللوائح يخضع لرقابة قاضي الإلغاء.

2- الطعن بالإلغاء ضد قرار الحرمان من دخول الصفقة العمومية:

يعتبر من القرارات المهمة التي تتخذها المصلحة المتعاقدة، فلا يتصور دخول شخص لصفقة ما بعد أن ثبت غشه أو تماطله في تعاقداته السابقة رغم قيام الصفقات العمومية على مبدأ المساواة، لذا خول القانون للمصلحة المتعاقدة سلطة إصدار قرار الحرمان من دخول الصفقة إذا كان الحرمان مستنداً إلى نص قانوني ولو توافر في الشخص كل المؤهلات المطلوبة، وهو ما أكدته صراحةً نص المادة 52 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم.

كيف قضاء مجلس الدولة الفرنسي قرار الحرمان من دخول الصفقة على أنه قرار إداري منفصل يجوز الطعن فيه بالإلغاء، فيمكن للشخص الذي حرم من دخول الصفقة العمومية الطعن بالإلغاء إذا كان الحرمان مؤسساً على نص قانوني وثبت أن الشخص لا ينتمي إلى الفئات المحددة في النص، أو ثبت إلغاء النص القانوني أو تعديله (1).

3- الطعن بالإلغاء ضد قرار المنح المؤقت:

يرتب المنح المؤقت آثاراً في مواجهة من منحت له إذ يتم إعلامه بالمنح وترد له كفالة التعهد بعد وضع كفالة حسن التنفيذ، وهو ما أكدته المادة 51 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، أما المتعهدين الآخرين فيصدر بشأنهم قرار الاستبعاد وترد لهم كفالة التعهد لعدم قبول عروضهم بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن بالنسبة للمتعهد الذي لم يقدم طعناً، وعند تبليغ قرار رفض الطعن بالنسبة للمتعهد الذي قدم طعناً.

وعن طبيعة قرار المنح المؤقت فلم يرد نص صريح يحدد طبيعته، غير أن القضاء الإداري الفرنسي يعتبره قراراً إدارياً منفصلاً لتوافره على خصائص القرار الإداري، لذا يجوز الطعن فيه بالإلغاء.

4- الطعن في قرار الاستبعاد:

يختلف قرار الحرمان عن قرار الاستبعاد فهذا الأخير يأتي بعد قبول دخول الشخص للصفقة العمومية ثم يستبعد لإحدى الأسباب، بينما يمنع الشخص من دخول الصفقة أصلاً في حال صدور قرار الحرمان.

1 - أنظر: بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 110 .

فإذا أقرت المصلحة المتعاقدة منحها الصفقة لأحد مقدمي العروض، فتصدر قرارات الاستبعاد لباقي المتقدمين لعدة أسباب أهمها:

- عدم مطابقة الشروط أو المواصفات أو المؤهلات المعلنة في الصفقة.

- استبعاد العرض لدواعي المصلحة العامة.

اعتبر القضاء الإداري قرار الاستبعاد قراراً إدارياً منفصلاً لتوافره على مقومات القرار الإداري ولترتيبه آثار قانونية بذاته تتمثل في الحرمان من التعاقد مع الإدارة وهو ما يخول أصحاب الشأن الطعن فيه بالإلغاء.⁽¹⁾

5- الطعن في قرار إلغاء الصفقة العمومية:

قد تلجأ المصلحة المتعاقدة بعد إعلانها عن الصفقة وبعد قطع الأشواط - السالف ذكرها - إلى إصدار قرار إلغائها أياً كانت طريقة إبرامها، وذلك في حالتين:

أ- اقتضاء المصلحة العامة لذلك، فقد يتضح للمصلحة المتعاقدة أن الصفقة لا تحقق مصلحة عامة أصلاً وذلك خطأ في تقدير أهمية المشروع أو لظهور طارئ يفرض عليها التراجع، في هذه الحالة تصدر المصلحة المتعاقدة قرار إلغاء الصفقة⁽²⁾.

ب- عدم جدوى المناقصة، وما يجب التنويه إليه أن قانون الصفقات العمومية الجزائري لم ينص صراحةً على إمكانية إلغاء الصفقة لعدم توافر الشروط المنصوص عليها في المواد 31 و 34 و 44 وإنما عبر على ذلك بمصطلح آخر "عدم الجدوى"، وهو ما يستخلص من نص المادة 122 المعدلة بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 23-12 في فقرتها الأخيرة: "تحرر لجنة فتح الأظرفة، عند الاقتضاء، محضراً بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون، حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 31 و 34 و 44 من هذا المرسوم".

ملاحظة: يتضح بعد تعديل قانون الصفقات العمومية بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 23-12، توسع المشرع في تقرير حالات عدم الجدوى في تلك الحالات المنصوص عليها في المواد 31-32-44 المشار إليها أعلاه.

وقد اعتبر القضاء الإداري هذا القرار بأنه قرار إداري منفصلاً يجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري، عندما يتم تقرير عدم الجدوى خارج الحالات المنصوص عليها قانوناً أو استناد المصلحة المتعاقدة

1- وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 09-05-1999، عن تفاصيل هذه القضية أنظر:

عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005، ص 112.

2- رغم عدم وجود نص صريح يؤكد حق الإلغاء لدواعي المصلحة العامة في التنظيم الجزائري، فلا يمكن تصور عدم وجود هذا القرار عملياً، ذلك لأن الدافع من إبرام الصفقة العمومية هو تحقيق الصالح العام، وإذا انتفى قامت المصلحة المتعاقدة بإلغاء الصفقة وهنا تبرز السلطة التقديرية الواسعة التي تملكها المصلحة المتعاقدة.

لإحدى حالات عدم الجدوى صوري⁽¹⁾.

6- الطعن بالإلغاء ضد قرار إبرام الصفقة العمومية:

إبرام الصفقة آخر مرحلة للتعاقد نتج بصدور قرار من السلطة المختصة، وقد عدت المادة الثامنة من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، الجهة المخول لها قانوناً إبرام الصفقات العمومية، لكل هيئة من الهيئات المؤهلة قانوناً لإبرامها وجاء فيها:

"لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه:

- الوزير، فيما يخص صفقات الدولة،

- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة،

- الوالي، فيما يخص صفقات الولاية،

- رئيس المجلس الشعبي البلدي، فيما يخص صفقات البلدية،

- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري،

- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

- مدير مركز البحث والتنمية،

- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني،

- مدير المؤسسة العمومية لخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي

- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني،

- الرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات

أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال، بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

1 - المقصود بالصوري أن يكون استناد المصلحة المتعاقدة لحالة من حالات المواد 31-32 و44 دون أن يكون ما يبررها واقعياً أي أن الحالة غير موجودة واقعياً وتدعى المصلحة المتعاقدة توافرها حتى تستطيع الإعلان عن عدم الجدوى.

الفرع الثاني: شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة

دعوى الإلغاء أداة قانونية فعالة لتحريك عملية الرقابة القضائية على أعمال الدولة والإدارة العامة، تؤدي إلى القضاء على الأعمال الإدارية غير المشروعة بصفة نهائية وهدم آثارها القانونية بأثر رجعي.

لقبول دعوى الإلغاء وضع المشرع شروطا يجب توافرها تتعلق بقبول الدعوى أو ما يسمى بالشروط الشكلية (أولا)، كما يجب أن يستند رافع الدعوى إلى وجه من أوجه الطعن ويطلق عليها تسمية الشروط الموضوعية (ثانيا).

أولا : الشروط الشكلية:

تخضع دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى قضائية للشروط والإجراءات المقررة قانوناً، فلا يمكن للقاضي الفصل فيها ما لم تتوفر على الشروط المقررة لقبولها وتعرف اصطلاحاً "بشروط القبول"⁽¹⁾.

إن الشروط المقررة قضاء وفقها وتشريعاً وتنظيماً هو أن تتوفر في رافع الدعوى شرط الصفة والمصلحة والأهلية، وأن تنصب دعوى الإلغاء على قرار له مواصفات وخصائص القرار الإداري، وأن ترفع في الميعاد والأجل المحدد قانوناً، أمام الجهة القضائية المختصة .

1- شرط الصفة والمصلحة:

دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى قضائية في طبيعتها وخصائصها، فلا يمكن قبولها إلا إذا توافر في رافعها شرط الصفة والمصلحة، وهو المبدأ الذي وضعته المادة 13 من قانون رقم 09-08⁽²⁾، التي جاء فيها: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقررها القانون".

واضح من النص أن الأهلية لم تعد شرطاً لقبول الدعوى سواء أمام الجهات القضائية العادية أو الإدارية⁽³⁾، لورود نص المادة 13 تحت عنوان الكتاب الأول "الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية".

السؤال المطروح: ما مدى تمتع المتعامل المتعاقد بالصفة؟ أليس أمامه قاضي العقد وهو قاضي القضاء الكامل وما له من ولاية إلغاء القرار غير المشروع وتصحيح الوضع والتعويض عنه؟ وبتعبير دقيق هل للمتعامل المتعاقد الصفة لرفع دعوى الإلغاء؟

1 - عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 ، ص 356.

2 - القانون رقم 09-08، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

3 - على عكس نص المادة 459 من ق إ م الملغى التي جاء فيها "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً للصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك" واضح من نص المادة أن الأهلية شرط لقبول الدعوى أمام القضاء.

يذهب أغلب الفقهاء إلى القول بأن المتعامل المتعاقد ليس أمامه سوى اللجوء إلى قاضي العقد لحسم المنازعات المتعلقة بالعقد.

غير أن القضاء الفرنسي أوجد بعض الاستثناءات، إذ أجاز للمتعاملين مع الإدارة الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بمحلة الإبرام، لكن إذا أصدرت الإدارة قرارات تخص تنفيذ الصفقة أو على الصفقة ذاتها، فتكون قراراتها غير قابلة للطعن فيها بالإلغاء استقلالاً عن العقد.

أما لغير المتعاقد مع الإدارة أجاز له القضاء الفرنسي الطعن بالإلغاء شرط أن تكون له مصلحة جادة ومشروعة في إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العملية التعاقدية، خاصة وأن الغير لا يمكنه بأي حال من الأحوال اللجوء إلى قاضي العقد أو القضاء الكامل لأنه ليس طرفاً في العقد، فكان من المنطقي ألا يحرم من دعوى تجاوز السلطة⁽¹⁾، بالإضافة إلى الصفة يشترط في رافع الدعوى المصلحة التي يجب أن تكون مباشرة، شخصية ومشروعة.

وفي مجال الصفقات العمومية يأخذ شرط المصلحة طابعاً خاصاً انطلاقاً من أن إلغاء القرار الإداري المنفصل لا يؤدي بذاته إلى إلغاء الصفقة العمومية، وإنما يبقى العقد أو الصفقة قائماً حتى يطلب أحد أطرافه إلغاءه أمام قاضي العقد وهو ما جعل القضاء والفقهاء الإداريين يقران بعدم وجود مصلحة من رفع دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل، لأنه لا يمس بالصفقة العمومية.

2- أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري:

من أهم شروط دعوى الإلغاء أن تنصب على قرار إداري وهو ما أكدته صراحة نص المادة 801 من قانون رقم 08-09، التي جاء فيها: " تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في :

- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:
- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية، المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.
- دعاوى القضاء الكامل.
- لقضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة " .

يبدو واضحاً اشتراط المشرع وجود قرار إداري، لكن رغم أن المنازعة متعلقة بصفقة عمومية أجاز القضاء الفرنسي بأن تكون محلاً لدعوى الإلغاء إذا انصبت على قرار إداري منفصل من القرارات السالف ذكرها.

1 - د.علاق عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 135 .

3- شرط الميعاد:

تقتضي المصلحة العامة وضع مواعيد وآجال لرفع دعوى الإلغاء وعدم تركها عرضةً للطعن حتى تحظى القرارات والمعاملات بالاستقرار.

يقصد بشرط الميعاد المدة التي خولها المشرع للفرد للمطالبة بحقوقه أمام الجهات القضائية⁽¹⁾ على هذا الأساس حدد المشرع الجزائري أجلاً لرفع دعوى الإلغاء مميزاً بين ميعاد الإلغاء أمام المحاكم الإدارية، ومجلس الدولة، نظراً لتنوع الجهات المؤهلة بإبرام الصفقات العمومية.

أ : ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية

نصت المادة 829 على ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية بأنه : "يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة (4) أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي".

وعليه فإن رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية يكون خلال أربعة أشهر التابعة لتبليغ قرار الاستبعاد أو الحرمان من دخول الصفقة العمومية، أو قرار الإبرام أو رفض الإبرام، لأن هذه القرارات يتم تبليغها بطبيعتها، وخلال أربعة أشهر التابعة لنشر القرار عندما يتعلق الطعن بقرار الإعلان عن المنح المؤقت أو قرار إلغاء الصفقة العمومية، لأن هذه القرارات بطبيعتها تنشر ولا تبليغ.

ب : ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة: يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية⁽²⁾، كما يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية⁽³⁾.

وبالرجوع إلى نص المادة 970 من القانون رقم 09-08، نجد أنها تنص على: "يفصل مجلس الدولة

كدرجة أولى وأخيرة تطبق الأحكام المتعلقة بالآجال المنصوص عليها في المواد 829 إلى 832 أعلاه".

ملاحظة: الإحالة إلى نصوص المواد 829 إلى 832 يجعل ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة هو 4 أشهر التابعة لتبليغ القرار أو نشره.

تلك هي مواعيد رفع دعوى الإلغاء انطلاقاً من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فهل نص قانون

1- تاجر محمد، ميعاد رفع دعوى الإلغاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006، ص 04.

2 - أنظر: المادة 901 من القانون رقم 09-08، مرجع سابق.

3- أنظر: المادة 902 من القانون رقم 09-08، مرجع سابق.

الصفقات العمومية على مواعيد خاصة لرفع الدعوى؟

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية لا نجد أي ميعاد أو آجال خاصة لرفع دعوى الإلغاء، يفهم من ذلك ضمناً أنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في ق إ م وإ على النحو المبين أعلاه.

4- شرط الاختصاص:

يعرف الاختصاص على أنه صلاحية جهة قضائية بالنظر في نزاع في الحدود المرسومة لها قانوناً، ويعتبر من أهم شروط قبول الدعوى الإدارية، فلا ينظر القاضي الإداري في الشروط الأخرى إلا بعد تأكده من الاختصاص لأنه من النظام العام.

ملاحظة: يعود الاختصاص بالدعوى الإدارية أساساً لجهات القضاء الإداري بالنسبة للدول التي تطبق نظام الازدواجية القضائية⁽¹⁾.

أ- الاختصاص النوعي

تناول المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة الاختصاص النوعي لجهات القضاء الإداري ضمن القسم الأول من الكتاب الرابع تحت عنوان "في الاختصاص النوعي" من المادة 800 إلى غاية المادة 802، فيتضح من هذه النصوص السابقة أن المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري لتحديد الاختصاص لجهة القضاء الإداري يتمثل في المعيار العضوي⁽²⁾، حيث يؤول الاختصاص القضائي إلى الجهة الإدارية كلما كان أحد أطراف الخصومة أحد الأشخاص المذكورين ضمن نص المادة 800 من ق إ م وإ، ولا ينظر لطبيعة المنازعة ولا لموضوعها إلا ما تم استثناءه.

ملاحظة: المعيار العضوي الذي تبناه المشرع وطبقه القضاء تعترضه إشكالية قانونية هامة لوجود نص المادة 2 من قانون الصفقات العمومية⁽³⁾، فالدارس لنص المادة يتأكد بأنها لم تحدد الاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية، وإنما موضوعها هو تحديد مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية. إذ قامت بتعداد الأشخاص المعنوية العامة وهذه الأشخاص لا إشكال فيها، إذ يعود الاختصاص بشأنها إلى القضاء الإداري تطبيقاً للمعيار العضوي سالف الذكر.

لكن الإشكال يثور بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي

1- د. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 240.

2- بموجب هذا المعيار تتحدد الجهة القضائية بالنظر إلى أطراف المنازعة فإذا كان أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام فإن المنازعة تخضع للقضاء الإداري بغض النظر عن موضوعها.

3- أنظر: المادة الثانية من أحكام المرسوم 10-236، مصدر سابق.

والتجاري عندما تكلف بعملية ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة، فهذه المؤسسات ستحدث على المستوى القضائي إشكالات عملية في غاية التعقيد فهل تعود المنازعة لاختصاص القاضي العادي أم لاختصاص القاضي الإداري؟!.

ويبقى اختصاص القضاء الإداري هو الاحتمال الوارد مع أنه هداماً صارخاً للمعيار العضوي على أساس معيار "الوكالة" مؤيدين بذلك رأي الأستاذ رشيد خلوفي، لأنه ورد في المادة 2 من قانون الصفقات العمومية العبارة التالية... "عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة"، فوجود عبارة "تكلف" تعني وجود موكل هو الدولة كلف وكيل وهي هذه المؤسسات التي جاءت في صلب المادة 2 للقيام بعمل ما لحساب الدولة ولمصلحتها.

فامتداد نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية على الوجه المحدد في المرسوم الرئاسي رقم 10-236،

إنما يدل على رغبة المشرع في توسيع نطاق الرقابة على النفقات العمومية المخصصة أساساً للاستثمارات التنموية، خاصة في ظل صرامة الإجراءات التي تمر بها عملية إبرام الصفقات ناهيك عن الرقابة المفروضة في كل مرحلة من مراحل عمر الصفقة سواء قبل إبرام أو أثناءه أو حين التنفيذ.

ب- الاختصاص الإقليمي (المحلي):

تم إفراد قواعد الاختصاص الإقليمي لمنازعات القضاء الإداري بصفة عامة ومنازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة في ظل ق إ م وإ بنصوص خاصة ضمن قواعد الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية⁽¹⁾.

جاء المشرع بثلاثة معايير لتحديد الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية، تشكل استثناءات على القاعدة العامة، ضمن أحكام المادة 804 من ق إ م وإ في فقراتها الثانية والثالثة والسادسة وذلك وفقاً لما يلي:

- أول قاعدة تخص عقد الأشغال العامة والجهة القضائية المختصة هي المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال العامة، وهو ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 804 من ق إ م وإ التي جاء فيها " في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال".
- أما القاعدة الثانية فقد تضمنتها الفقرة الثالثة من المادة نفسها 143 التي تنص على: "في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه".

1 - نص المشرع على قواعد الاختصاص الإقليمي من المادة 803 إلى المادة 806 وذلك ضمن القسم الثاني من الفصل الأول المتعلق بالاختصاص من الباب الأول المتضمن الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية.

فجاءت الصياغة في ظل ق إ م وإ أكثر وضوحاً ودقة بذكر المشرع لمصطلح "العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها، وهنا تدخل الصفقات العمومية لاعتبارها أهم أنواع العقود الإدارية.

ما يلاحظ هو استعمال معيارين لتحديد الاختصاص الإقليمي "مكان إبرام" أو "مكان التنفيذ"، وحق الخيار يعود لرافع الدعوى، وبذلك تجنب المشرع النقد الذي وجه إليه في ق إ م الملغى.

- أما القاعدة الثالثة فتخص صفقات التوريد أو الأشغال، جاء تنظيمها في الفقرة السادسة من المادة نفسها التي نصت على "في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف يقيم به."

فالمحكمة الإدارية المختصة إقليمياً هي التي يقع في دائرة اختصاصها "مكان إبرام" أو "مكان التنفيذ"، بشرط أن يكون أحد أطرافها مقيماً بهذا المكان وإلا تطبق القاعدة العامة المتمثلة في المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليها (المصلحة المتعاقدة).

أما إذا كان موضوع الصفقة العمومية أحد الأنواع المتبقية المتمثلة في انجاز دراسات أو تقديم خدمات، فالمحكمة الإدارية المختصة إقليمياً هي تلك التي يقع بدائرة اختصاصها "مكان إبرامها" أو "مكان تنفيذها" طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 804 من ق إ م وإ.

ملاحظة: يتحدد الاختصاص الإقليمي في منازعات الصفقات العمومية حسب موضوع الصفقة، فهذه هي الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء أمام القضاء، ويبقى السؤال مطروحاً بخصوص التظلم، فما مدى اعتباره شرطاً شكلياً لقبول الدعوى؟

التظلم الإداري وسيلة من وسائل تحريك عملية الرقابة الإدارية الذاتية ووسيلة لحل المنازعات الإدارية ودياً، يتضمن في جوهره شكوى يقدمها أصحاب الصفة والمصلحة إلى السلطات الإدارية طاعنين في قرارات وأعمال إدارية، طالبين إلغائها أو سحبها أو تعديلها⁽¹⁾، بعدما كان التظلم الإداري المسبق شرط وجوبي قبل رفع الدعاوى أمام القضاء، أصبح في مجال منازعات الصفقات العمومية إجراء اختياريًا بموجب المادتين 101 فقرة 1 والمادة 102 فقرة 8 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250، ليسلك المشرع نفس الاتجاه في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236، بالنص على جوازية التظلم واعتباره إجراء اختياريًا.

ملاحظة: تم الاعتراف بنوعين من القرارات التي يجوز التظلم فيها، مما يعني أن القرارات الأخرى القابلة للانفصال لا تظلم فيها أصلاً، ولو كان اختياريًا لاقتصار نص المادة 114 و115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، على نوعين من القرارات، التي يكون التظلم بشأنها اختياريًا.

1 - د. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، مرجع سابق، ص 366.

- حيث يتعلق نص المادة 114 بمرحلة إبرام الصفقة العمومية، وتماشيا وآجال الطعن والرد والتبليغ لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته في إطار الرقابة الخارجية، إلا بعد انقضاء أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة⁽¹⁾.

- و يتعلق نص المادة 115 بمرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، كما هو واضح في طبيعة التظلم في مجال الصفقات العمومية ليس بتظلم ولائي⁽²⁾، ولا رئاسي⁽³⁾، وإنما تظلم إداري يقدمه صاحب المصلحة "المتعهد" في صورة طعن أمام لجان الصفقات المختصة لمراقبة أعمال وقرارات الهيئات الإدارية.

الفرع الثاني : الشروط الموضوعية

عيوب المشروعية هي الأسباب التي يمكن بواسطتها للقضاء المختص إلغاء قرار إداري مطعون فيه بعدم المشروعية⁽⁴⁾، نشأت في فرنسا وكان أقدمها ظهورا عيب عدم الاختصاص (أولاً) ثم عيب الشكل (ثانيا) ثم عيب الانحراف في استعمال السلطة (ثالثاً)، أما القرارات المخالفة للقانون مخالفة موضوعية فلم يكن القضاء الفرنسي يقبل الطعن ضدها بالإلغاء إلى غاية سنة 1864 (رابعا) وحديثاً أجاز مجلس الدولة الفرنسي الأخذ بعيب انعدام السبب (خامسا).

أولاً - عيب عدم الاختصاص:

يمكن تعريف عيب عدم الاختصاص بأنه عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني جعله المشرع من اختصاص هيئة أو فرد آخر⁽⁵⁾، يأخذ عيب عدم الاختصاص ثلاث صور وهي:

- عيب عدم الاختصاص الموضوعي: ويتحقق هذا العيب إذا أصدرت جهة إدارية قرارها في موضوع لا تملك قانوناً حق إصداره.
- عيب عدم الاختصاص المكاني: إذا صدر القرار من الإدارة خارج نطاقه الجغرافي كان معيباً بعيب عدم الاختصاص المكاني.
- عيب عدم الاختصاص الزمني: والمقصود به أن يصدر القرار الإداري في وقت لا يكون فيه الاختصاص بإصداره منعقدا لمن أصدره.

1- أنظر: المادة 114 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مصدر سابق.

2- التظلم الولائي هو الشكوى التي يرفعها صاحب الصفة والمصلحة إلى نفس الجهة أو الهيئة الإدارية المصدرة للقرار يلتمس منها إعادة النظر ومراجعة ما أصدرته.

3- التظلم الرئاسي هو الشكوى التي يرفعها صاحب الصفة والمصلحة إلى الجهة التي تعلو وترأس من أصدر القرار الإداري المطعون فيه مطالباً بمراقبة الأعمال والقرارات رقابة رئاسية.

4 - د. عوادي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، مرجع سابق، ص 499 .

5 - د. محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص 231 .

ملاحظة: يَتميّز عيب عدم الاختصاص بأنه من النظام العام، لذا يستطيع القاضي إثارتة من تلقاء نفسه ولو لم يثره صاحب الطعن ⁽¹⁾.

ثانيا : عيب مخالفة الشكل والإجراءات

يقصد بعيب الشكل والإجراءات أن يقع القرار الإداري مخالفاً للقواعد والإجراءات التي يتطلبها القانون سواء كانت المخالفة كلية أو جزئية.

والسؤال المطروح : ما هي الشكليات التي تكون سببا في إلغاء القرار؟

يفرق الفقه والقضاء بين نوعين من الشكليات جوهرية وثانوية، فالشكليات الجوهرية هي التي تؤثر مخالفتها في صحة وشرعية القرارات الإدارية، وبالتالي التي تكون سبباً في الحكم بالإلغاء، ومن أمثلة الشكليات الجوهرية اشتراط قانون الصفقات العمومية أن يكون قرار الإعلان عن الصفقة محتويا لبيانات إلزامية محددة في نص المادة 46 ، وتخلف أي بيان يجعل قرار الإعلان معيبا بعيب الشكل.

كما يكون قرار المنح المؤقت معيباً بعيب الشكل والإجراءات إذا لم يتم الإعلان عنه في الجرائد التي نشر فيها الإعلان عن الصفقة.

ملاحظة : كل مخالفة لقواعد وإجراءات إلزامية منصوص عليها في قانون الصفقات العمومية يفتح مجال الطعن بإلغائها لعدم مشروعيتها.

وبالرجوع إلى الواقع العملي نجد أن أكثر العيوب التي تثار أمام قضاء الإلغاء "عيب مخالفة الشكل والإجراءات"، أما مخالفة الإجراءات والشكليات غير الجوهرية أو الثانوية، فقد استقر قضاء مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر على أن إغفالها لا يعيب القرارات الإدارية ولا يكون سببا في إلغائها.

ثالثاً : عيب مخالفة القانون

هو العيب الذي يشوب محل القرار الإداري، نشأ في النصف الثاني من القرن التاسع عشر كسبب من أسباب الحكم بالإلغاء بعد كل من عيب عدم الاختصاص وعيب مخالفة الشكل والإجراءات كان يطلق عليه عيب "مخالفة الحقوق المكتسبة"، ثم سمي بعيب "مخالفة القانون والحقوق المكتسبة" إلى أن استقرت تسميته بصفة نهائية بعيب "مخالفة القانون" ⁽²⁾، ولما كان سبب الإلغاء هو مخالفة القانون فقد تتعلق المخالفة بمخالفة نص القانون بذاته أو في تفسيره أو في تطبيق أحكامه.

1 - بزاجي سلوى، مرجع سابق، ص 114 .

2 - علما أن التسمية بلغة الفرنسية منتقدة من جلّ فقه القانون العام في فرنسا، لأن عيب مخالفة القانون له مفهوم واسع

رابعاً: عيب السبب

يقصد به أن تكون الحالة الواقعية التي أدت إلى اتخاذ القرار معيبة، مما يعدم القرار الإداري⁽¹⁾.

ملاحظة: تقوم رقابة القضاء الإداري للسبب على درجات ثلاث، إذ يتأكد القاضي الإداري من الوجود الفعلي للوقائع ومدى صحة التكييف وملائمته لإصدار القرار الإداري.

خامساً: عيب الانحراف في استعمال السلطة

عيب الانحراف في استعمال السلطة حالة من حالات عدم مشروعية القرارات الإدارية يشوب ركن الهدف فيجعل القرار غير مشروع، قابلاً للطعن فيه أمام القضاء، فهو وسيلة قضائية تعمل على مراقبة أعمال السلطات الإدارية، بما فيها تلك المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية من أجل ضمان تطبيق فكرة دولة القانون ومبدأ الشرعية وحماية حقوق وحريات الأفراد⁽²⁾.

ملاحظة: القرار المعيب بعيب الانحراف في استعمال السلطة في شق منه صحيح في جميع أركانه، لكنه معيب في ركن وحيد منه يتعلق بركن الغرض أو الهدف، فالموظف الذي يطبق النصوص القانونية المتعلقة بإبرام الصفقة العمومية بكل ما تتضمنه من مراحل وإجراءات، ليمنح الصفقة بعدها لإحدى معارفه أو أقاربه يعتبر قراره هذا مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

كما يجب على رافع الدعوى أن يؤسس دعواه على وجه من أوجه الإلغاء التي سبق توضيحها، ومتى كان القرار الإداري معيباً بإحدى هذه العيوب، حكم القاضي بالإلغاء لعدم مشروعية القرار.

ملاحظة هامة: بعد استعراض حالات عدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة يطرح سؤالاً مهماً يتعلق بأثر إلغائها على عقد الصفقة العمومية أو بتعبير آخر حجية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على الصفقة العمومية. فيما إذا كان إلغاء القرار الإداري المنفصل يؤدي إلى بطلان الصفقة العمومية.

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي إلغاء القرار الإداري المنفصل سبباً مباشراً في إبطال العقد الإداري، حتى ولو لم يتمسك به الأطراف، وأكد على ذلك في حكمه الصادر في أول مارس سنة 1954 في قضية Société

وهو مخالفة محل القرار الإداري لأحكام وقواعد القانون في معناه الواسع بمصادره المختلفة بينما اصطلاحاً أو تسمية la "violation de la loi" تعني مخالفة أحكام القانون في معناه الشكلي الضيق، لذلك يفضل البعض إطلاق اصطلاح "la violation de règle de droit".

1 - د. الشوبكي عمر، القضاء الإداري، - دراسة مقارنة -، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 339.

2 - د. عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، مرجع سابق، ص 535.

d'énergie industrielle حيث قضى بأن "إلغاء القرار الصادر بالتصديق على العقد الإداري يجعل طلب التفسير المقدم إلى المجلس بعد ذلك غير ذي موضوع، لأن الشروط الواردة في العقد لا يمكن تنفيذها".

وعليه فإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي مباشرة إلى إلغاء الصفقة حتى ولو لم يتمسك به أطرافها أو الغير، فالعلاقة التعاقدية تتأثر تلقائيا بذلك الإلغاء خاصة إذا كان إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة نتيجة الإخلال بأحد مبادئ إبرام الصفقة العمومية: حرية المنافسة والمساواة وشفافية الإجراءات أو الإخلال بقواعد الإشهار وغيرها من القواعد الهامة التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية (1).

ملاحظة: عمل المشرع الجزائري على تجنب هذه الإشكالية القانونية الخطيرة (إبطال الصفقة العمومية) فجاء ق إ م وإ بنصوص تنظم إجراءات الاستعجال في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية، بغية الفصل في الطعون المرفوعة ضد القرارات الإدارية المنفصلة قبل أن يتم إبرام الصفقة العمومية، حتى لا يضطر القاضي الإداري إلغاء الصفقة نتيجة إلغاء أحد القرارات الإدارية المنفصلة.

الفصل الخامس: حقوق والتزامات طرفي الصفقات العمومية

بعد إبرام الصفقة العمومية ودخولها حيز النفاذ، ترتب حقوقا والتزامات يتعين على الأطراف احترامها، جانبا منها يتعلق بالمصلحة المتعاقدة (المبحث الأول) وجانبا آخر يخص التعامل المتعاقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حقوق والتزامات المصلحة المتعاقدة

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات واسعة اتجاه التعامل المتعاقد معها، وبمركز تعاقدى أسمى لا نجده في عقود القانون الخاص، وفي المقابل تخضع إلى جملة من الالتزامات تشكل حقوقا بالنسبة للمتعاقد معها.

ولم تقتصر هذه السلطات في مواجهة التعامل الوطني وإنما خول لها سلطات حتى في مواجهة التعامل المتعاقد الأجنبي (2)، رغبة في تحقيق المصلحة العامة وحفاظا على سير المرافق العمومية.

يقصد بهذه السلطات الوسائل القانونية التي تملكها المصلحة المتعاقدة عند تنفيذ الصفقة العمومية.

من هذا المنطلق يحق للمصلحة المتعاقدة متابعة مراحل تنفيذ الصفقة العمومية من خلال سلطة الرقابة التي يباشرها مهندسها، لضمان سير تنفيذها على النحو المتفق عليه (المطلب الأول) كما يمكنها أن تتدخل بهدف متابعة التنفيذ من خلال سلطتها في تعديل شروط الصفقة (المطلب الثاني).

1- د. كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 107.

2 - أنظر: المادة 24 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدلة والمتممة بموجب المادة خمسة من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

نظرا لأهمية الصفقات العمومية، ولاعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية ولعلاقتها بالخزينة العمومية وجب تكييف آليات الرقابة على نحو يشمل مختلف مراحل الصفقة قبل إبرام وأثناء التنفيذ وبعده⁽¹⁾، فبالإضافة إلى الرقابة التي تمارسها المصلحة المتعاقدة على إجراءات إبرام الصفقة

العمومية بواسطة لجان الرقابة الداخلية، للمصلحة المتعاقدة ممارسة الرقابة على المتعامل المتعاقد معها حتى في مرحلة التنفيذ نظرا للطابع التنموي للصفقة كونها تتعلق بمشاريع الدولة.

فالرقابة على تنفيذ الصفقات أمرا ضروريا لأن تنفيذ المشاريع باختلاف أنواعها ووفقا لمستلزمات المصلحة العامة يتطلب رقابة ومتابعة المصلحة المتعاقدة.

ونظرا لأهمية الرقابة وجب الوقوف على صورها (الفرع الأول) وبتعدد أنواع الصفقات العمومية يتطلب إظهار مظاهر الرقابة مراعاة للطبيعة التي يقتضيها كل نوع من هذه الصفقات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صور الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

تنحصر سلطة الرقابة التي تباشرها المصلحة المتعاقدة في صورتين فقد تكون مرادفا لحق الإشراف (أولا) ويمكن أن تتعدى إلى توجيه أعمال التنفيذ (ثانيا).

أولا - حق الإشراف: (Droit de surveillance)

تمثل هذه الصورة المعنى الضيق لسلطة الرقابة والمقصود بها التحقق من أن المتعامل المتعاقد يقوم بتنفيذ الصفقة طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، تمارس سلطة الرقابة بمعنى الإشراف عن طريق الأعمال المادية التي تباشرها المصلحة المتعاقدة كزيارة ورشات العمل والتحقق من سلامة المواد المستعملة وجودتها بواسطة الفحص الاختبار أو استلام بعض الوثائق للاطلاع عليها وفحصها⁽²⁾، أو مراقبة نوعية المستخدمين من حيث الخبرة والتخصص في إنجاز بعض الأشغال، كما تمارس عن طريق أعمال قانونية كأن تصدر الإدارة أوامر تنفيذية أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقد معها.

ثانيا- حق التوجيه:

تمثل هذه الصورة المعنى الواسع لسلطة الرقابة يجعلها تمتد إلى توجيه المتعاقد مع ما ينطوي ذلك من

1 - د. بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية) دراسة تشريعية، فقهية وقضائية (، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 108.

2 - أنظر: د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار المسيرة، عمان، 1997، ص 285.

تحمله لأعباء إضافية غير منصوص عليها في العقد تمثل امتيازاً هاماً وضرورياً للمصالح المتعاقدة.

وحق التوجيه لا نجده في جميع الصفقات وإنما يختلف حسب طبيعة الصفقة، فهو مبدأ مقرر في صفقات الأشغال العامة ولو لم تنص عليه الصفقة العمومية⁽¹⁾، عكس صفقات اللوازم أو التوريد حيث لا يتقرر للمصلحة المتعاقدة إذا لم تنص عليه الصفقة.

الفرع الثاني: مظاهر الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

إن كانت سلطة الرقابة ثابتة للمصلحة المتعاقدة، إلا أن ممارستها تختلف بين صفقة وأخرى فيتسع مداها ومجالها في صفقات الأشغال العامة (أولاً) ومقارنة مع صفقات اللوازم أو التوريد أين يكون حق المصلحة المتعاقدة أي الرقابة أضعف (ثانياً).

أولاً - مظاهر الرقابة على تنفيذ صفقات الأشغال العامة:

تعتبر صفقات الأشغال العامة من أبرز أنواع الصفقات التي تبدو فيها سلطة الرقابة يختلف معانيها - الأشراف والتوجيه -، ويرجع ذلك إلى عدة اعتبارات تعود إلى الخصائص التي تتميز صفقة الأشغال العامة ويأتي في مقدمتها أن المصلحة العامة هي صاحبة المشروع، الأمر الذي يؤدي إلى اتساع سلطتها في مواجهة المتعامل المتعاقد منذ بداية تنفيذ الصفقة إلى تسليم الأعمال المتعاقد عليها.

إن اتساع سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العامة يؤدي إلى تعدد مظاهرها التي تتمثل في:

-الأمر بالبداية في تنفيذ المشروع:

تحدد المصلحة المتعاقدة بوصفها صاحبة المشروع بداية تنفيذ الأشغال وهو التاريخ المحدد في الصفقة صراحة. وإذا لم تتضمن الصفقة تحديد موعد البدء في التنفيذ فيحسب من تاريخ إعلان المقاول بالأمر المصلي، أو ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمقاول طبقاً لما جاء في نص المادة 1/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تقضي بأنه: "يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري."

يتضح من نص المادة أن المقاول يلتزم بالبدء في تنفيذ الأشغال فور تلقيه الأمر المصلي؛ وهو أمر تنفيذي يتعين على المقاول احترامه والتقيده بما جاء فيه وكل رفض أو تباطؤ يعد خطأ متعمداً يعطي للمصلحة

1 - إذ يأخذ حق التوجيه مداه في صفقات الأشغال العامة من خلال ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة اتجاه المقاول في إصدار أوامر مصلحة التي تعد الوسيلة الأساسية في بسط الرقابة على التنفيذ.

المتعاقدة الحق في توقيع الجزاءات (1).

-تحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال:

فاحترام خطوات سير العمل ومدة التنفيذ يعد أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول؛ إذ تنص صفقات الأشغال العامة في غالب الحالات على خطوات تنفيذ الأشغال وسيرها بوضع جدول أعمال بالفترات التي تتم فيها تلك الأعمال وكذا مواعيد التسليم.

أما إذا جاء العقد خاليا من تحديد خطوات تنفيذ الأشغال ومواعيد التسليم فإن مندوبي المصلحة المتعاقدة الفنيين يحددون تلك الخطوات والمواعيد.

وأما في حالة تأخر المقاول في تسليم الأعمال موضوع الصفقة يعطي للمصلحة المتعاقدة الحق في توقيع غرامة عن المدة التي يتأخر فيها إنهاء الأعمال.

-الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا:

يحق لمندوبي المصلحة المتعاقدة المكلفون بالأشراف والتوجيه أن يرفعوا المواد أو الأعمال التي يرون أنها من نوع رديء أو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها، لذا يجوز لمهندسي المصلحة المتعاقدة في هذا الصدد هدم أو إزالة ما تم تنفيذه من أشغال وإعادة القيام بها من جديد على حساب المقاول المقصر طبقا لنص المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة، إذ ي ظهر النص سلطة المصلحة المتعاقدة في ممارسة الرقابة أثناء تنفيذ صفقة الأشغال العامة في شكل إصدار أوامر بهدم الأشغال.

-الأمر باستبدال عمال المقاول:

تمتد سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة لتشمل العمال الذين يستعين بهم المقاول في تنفيذ الأشغال، فالمصلحة المتعاقدة لها على سبيل المثال أن تطلب تغيير العمال إما لعدم كفاءتهم الفنية، أو لعدم نزاهتهم أو بسبب تمردهم ورفضهم تنفيذ تعليمات مندوبيها أو مخالفة شروط الصفقة (2).

ثانيا- مظاهر الرقابة على تنفيذ صفقات اللوازم:

تفرض طبيعة صفقة اللوازم أن تتخذ المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذها مظهرا آخر، فيتعلق الأمر

1- سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 31.

2- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، (الإبرام - التنفيذ - المنازعات)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 74.

بمواد أو منقولات يلزم المورد بأن يضعها تحت تصرف المصلحة المتعاقدة، فتتجلى مظاهر الرقابة في التأكد من أن المورد يقوم بتسليم الأصناف المتعاقد عليها طبقاً للمواصفات والعينات المعتمدة والمصلحة المتعاقدة الحق في رفض صنف أو أكثر من الأصناف الموردة وسحبها وتوريد بدلها.

المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية

تمثل سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة أو تعديل طريقة تنفيذها أبرز الخصائص التي تميز نظام الصفقات العمومية عن عقود القانون الخاص⁽¹⁾، فالمصلحة المتعاقدة أن تعيد النظر في موقفها بالنسبة إلى أوضاع تنفيذ الصفقة، إذا اتضح أن الأوضاع المحددة في الصفقة لم تعد توافق الصالح العام.

وهو حق ثابت لها بوسعها استعماله ولو خلا العقد من نص بشأنه ولو انطوى العقد على نص يحظره ليبقى الحق قائماً. وبالرجوع لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، وتحديد المواد من 102 إلى 106⁽²⁾، أعتُرف للمصلحة المتعاقدة ممارسة سلطة التعديل عن طريق إبرام ملاحق إذا كان هدفها زيادة الخدمات، أو تقليصها أو تعديل بند من عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فبالرجوع إلى دقت الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة نلاحظ تضمنه للعديد من النصوص التي تعطي المصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي، وأمام خطورة ممارسة المصلحة المتعاقدة لهذه السلطة على مصلحة المتعامل المتعاقد أولاها المشرع اهتماماً واضحاً من خلال التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، بالإضافة إلى الأحكام التي تضمنتها دفا تر الشروط الإدارية العامة.

وباستقراء أحكام النصوص السابقة نجد سلطة تعديل شروط الصفقة أثناء التنفيذ ليست مطلقة، بل يرد عليها شروط وضوابط يتعين ممارسة السلطة في إطارها (الفرع الأول)، كما أن التعديل إذا توافرت مبرراته إنما يمارس وفقاً لآليات معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط ممارسة سلطة التعديل

سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل بنود الصفقات العمومية بإرادتها المنفردة ليست مطلقة، بل تخضع لضوابط يتعين توافرها لإمكان ممارستها، فيجب أن تطرأ ظروف ومستجدات بعد إبرام الصفقة تستدعي التعديل (أولاً) وإلزامية صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية (ثانياً) وأن تمارس سلطة التعديل

1 - التي تقوم على مبدأ هام مفاده العقد شريعة المتعاقدين الذي جاء النص عليه في صلب المادة 106 من الأمر رقم 75-

58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، لعام 1975، المعدل والمتمم.

2 - تجدر الإشارة أن المواد 103 و106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، معدلة ومتمة بموجب المادة 12 من

المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

أثناء مدة تنفيذ الصفقة (ثالثا) وألا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة (رابعا) وألا يغير من طبيعتها (خامسا).

أولا- أن تطرأ مستجدات بعد إبرام الصفقة:

فالتعديل مرتبط في جوهره بظروف استجدت بعد إبرام الصفقة، ففي هذه الحالة يكون من الجائز تعديل بعض شروط الصفقة العمومية التي تعرقل إمكانية مسيرتها للواقع، وبالتالي فهو تمكين للصفقة من أن تحقق ما كانت تهدف إليه منذ إبرامها وهو تحقيق النفع العام للإدارة والأفراد⁽¹⁾.

تختلف سلطة التعديل من عقد إلى آخر حسب طبيعته وحسب الظروف التي ينفذ فيها، ففي صفقات الأشغال العامة تمارس سلطة التعديل من المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة المشروع، غير أنه لا يجوز إجراء تعديل على الأعمال والشروط المتعاقد عليها إلا عند الضرورة القصوى وذلك:

- إذا كان عدم التعديل يسبب تأخيرا في التنفيذ أو ضررا كبيرا به من الناحية الاقتصادية والفنية.
- إذا كان التعديل يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة للإدارة⁽²⁾.

ففي هذه الحالات فقط يتقرر التعديل في صفقات الأشغال العامة أما في صفقات التوريد خاصة ذات المدة الطويلة فتغير الظروف فرصة لإجراء التعديلات على الأسعار، وعلى نوعية السلع محل التوريد؛ بل يؤدي التعديل في بعض الأحيان إلى إعادة تنظيم عمل مرفق انصب عليه التوريد بمواصفات جديدة.

ثانيا- صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية:

فقرار تعديل الصفقة العمومية قرارا إداريا وبالتالي يتعين أن يتوفر على مقومات وأركان القرار الإداري فيجب أن يصدر في حدود المشروعية التي هي الإطار العام الذي يحكم جميع الأعمال الإدارية.

وإذا خرج عن هذا المبدأ وقع باطلا وأمكن المتعامل المتعاقد الطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري إذا أمكن تطبيق نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة أو باللجوء إلى القضاء الكامل.

ثالثا- تزامن قرار التعديل مع سريان الصفقة العمومية:

يجب أن تمارس سلطة التعديل أثناء تنفيذ الصفقة، ويقصد بفترة سريان الصفقة التي يتعين صدور قرار التعديل خلالها هي الفترة أو المدة الفعلية وليس المدة الزمنية المحددة في العقد، لأن المتعامل المتعاقد

1- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، منشأة المعارف، مصر، 2009، ص 52.

2- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 173.

قد يتأخر في التنفيذ⁽¹⁾، وبالتالي تملك المصلحة المتعاقدة حق التعديل حتى انتهاء التزامات المتعامل المتعاقد وفقا لما تحدده شروط كل صفقة.

رابعاً- ألا يخل التعديل بالتوازن المالي للصفقة:

إذا كان من حق المصلحة المتعاقدة تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، فيقابله حق المتعامل المتعاقد ألا يخل هذا التعديل بالتوازن المالي للصفقة بأن يجعل التزامات المتعامل المتعاقد لا تتناسب مع حقوقه، أو أن يلحق به خسائر لم يتوقعها وقت إبرام العقد، لأن طبيعة الصفقات العمومية يجب أن تتجه إلى تحقيق التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعامل المتعاقد وبين المزايا المالية التي ينتفع بها، وكل إخلال لهذا التوازن بسبب تدخل الإدارة فمن حق المتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض⁽²⁾.

خامساً- ألا يؤدي التعديل إلى تغيير الصفقة:

لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة أو موضوعها بما يخالف المحل الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف، وهذا يعني أن على المصلحة المتعاقدة أن تراعي عند إصدار قرار التعديل الدقة في مضمونه بما لا يؤدي إلى انصرافه إلى موضوع جديد يختلف عن الموضوع الأصلي، فنكون أمام صفقة جديدة، إذن على الإدارة أو المصلحة المتعاقدة المعنية ممارسة حقها في التعديل دون قلب اقتصاديات الصفقة العمومية، لذا حرصت المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة على حصر التعديل في حدود 20 % بالنسبة لعقد الأشغال العامة.

واضح من النص أعلاه أن الأعباء الجديدة إذا زادت أو نقصت الحدود الموضحة لا يكون المتعامل المتعاقد طبقاً للقانون ملزماً بتنفيذها وإذا قام بذلك له حق المطالبة بالتعويض.

الفرع الثاني: آليات ممارسة سلطة التعديل

يتطلب سير المرافق العامة بانتظام واطراد أن يستمر العقد أو الصفقة مهما حصل من تغيرات أثناء تنفيذها، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بتعديلات انفرادية على التزاماتها التعاقدية لمواكبة التغير الحاصل بعد إبرام الصفقة، لذا خول قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة تعديل شروط الصفقة عن طريق تقنية الملحق (أولاً)، وبإمكانها تعديل شروط تنفيذ الصفقة خارج الإطار التعاقدية نتيجة تدابير متخذة من طرفها (ثانياً).

1 - د. سبكي ربيعة، مرجع سابق، ص 51 .

2 - الصفقات العمومية وامتيازات التعديل، انظر الموقع:

أولاً- التعديل عن طريق الملحق:

جسد المرسوم الرئاسي رقم 12-236، هذه الآلية في القسم الخامس منه المتضمن للمواد 102 و 106، إذ تنص المادة 102: "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم"⁽¹⁾.

يقصد بالملحق كل اتفاق إضافي للصفقة الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة الأصلية أو زيادة الخدمات أو تقليلها⁽²⁾.

يستدعي تعديل شروط الصفقة عن طريق الملحق توفر شروط أهمها:

- صدور الملحق في صيغة مكتوبة، مرقم ومؤرخ ومصادق عليه من السلطة المختصة.
- احترام الملحق لقواعد المنافسة، لذا يتعين منع أي ملحق قد يسيء إليها.
- إخضاع الملحق كأصل عام للرقابة⁽³⁾.
- ألا يؤدي الملحق إلى إخلال التوازن الاقتصادي للصفقة، فلا يمكن أن يؤثر الملحق بصفة جوهرية على محلها وقلب اقتصاداتها وكل تعديل يمس بشروط الصفقة يجعل منها صفقة جديدة.

ثانياً- التعديل خارج الإطار التعاقدية:

كما يحدث تعديل شروط الصفقة أثناء تنفيذها نتيجة تدابير متخذة من قبل المصالح المتعاقدة التي تؤدي إلى تغيير شروط تنفيذ الصفقة، دون أن يكون الهدف منها إحداث تعديلات على الصفقة التي أبرمتها. حيث ترتبط هذه التعديلات بنظرية فعل الأمير، كما يمكن أن تنتج بسبب ظروف طارئة أثناء تنفيذ

1 - المادة 135 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

2 - كما يعرف أيضاً بأنه عقد مكتوب يشمل اتفاق إرادة الطرفين في الصفقة، يتضمن تعديل بند أو عدة بنود وهو ما تضمنته المادة 1/103، من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

3 - لكن هناك حالات لا يلزم فيها القانون بإخضاع الملحق لرقابة هيئات الرقابة الخارجية القبلية إذا استوفت الشروط التالية :-إذا كان موضوع الملحق لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد. -إذا لم يكن للملحق أثر مالي، فلا حاجة لعرضه على لجنة الصفقات إذا كان مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي مختلف الملاحق لا يتجاوز بالزيادة أو بالنقصان النسبة التالية:

- 20% من المبلغ الأصلي للصفقة إذا كانت الصفقات من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.

- 10% من المبلغ الأصلي للصفقة إذا كانت الصفقات من اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات.

أنظر: المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدلة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

المطلب الثالث: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة

إلى جانب سلطي الرقابة والتعديل تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته.

هذه الجزاءات لا تقف على نوع محدد، بل تعدد بالنظر إلى الأسس والمبادئ التي تحكم وتنظم هذه السلطة⁽²⁾، فالجزاءات التي توقع على المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية والعقود الإدارية عامة تحكمها قواعد خاصة يتضمنها قانون الصفقات العمومية ودفاتر الشروط الإدارية العامة، فضلاً عن نصوص الصفقة ذاتها ودفاتر شروطها التي عادة ما تتضمن حق الإدارة في اتخاذ الجزاءات في حالة إخلال الطرف الآخر، فالمصلحة المتعاقدة سلطة توقيع جزاءات منها ما هو ذا طابع مالي لتغطية الضرر الذي لحقها جراء الإخلال الذي ارتكبه المتعامل المتعاقد، ويمكن أن تصل هذه الجزاءات إلى استعمال الضغط والإكراه بهدف إجبار المتعامل المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، وبالتالي فهي جزاءات مؤقتة غير منية للصفقة العمومية (الفرع الأول)، غير أن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته إخلالاً جسيماً يمكن المصلحة المتعاقدة تسليط جزاءات فاسخة تُنهي الرابطة التعاقدية بصفة نهائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاءات غير منية للصفقة العمومية

يحق للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية لا تؤدي بطبيعتها إلى إنهاؤها، وهي جزاءات ذات طابع مالي إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية (أولاً)، ولها أن تلجأ إلى جزاءات أكثر صرامة تهدف إلى إرغام المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية باستعمال وسائل الضغط (ثانياً)، وهي إجراءات مؤقتة تفرضها اعتبارات الصالح العام ضماناً لتنفيذ الصفقة.

أولاً- سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية:

تعتبر الجزاءات المالية من الجزاءات الإدارية التي تطبقها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية كلها أو بعضها، بغية ضمان تنفيذ عقودها الإدارية وفق الشروط والمواعيد المتفق عليها في العقد، وهو ما قضت به أحكام المادة التاسعة في فقرتها الأولى من المرسوم الرئاسي 10-236.

1- سنتناول هذه المسائل بالتفصيل في إطار حقوق المتعامل المتعاقد، أنظر: ص من هذه المطبوعة.

2- لأن الجزاءات المقررة في القانون الخاص لإجبار الأفراد على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية لا تصلح ولا تتلاءم في مجال القانون العام، وبالأخص في مجال الصفقات العمومية ومقتضيات تسيير المرفق العام.

تتخذ هذه العقوبات صورة الغرامة التأخيرية، أو مصادر التأمين، أو في صورة تعويض مالي يدفع من المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية لتغطية الضرر اللاحق بالمصلحة المتعاقدة.

- الغرامة التأخيرية:

خول المشرع الجزائري بموجب المادة 9 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، سلطة توقيع عقوبات مالية في شكل غرامة وحدد حالتين لممارستها دون وضع تعريف لها ⁽¹⁾.

في حين تعددت التعاريف الفقهية التي قيلت بشأن الغرامة التأخيرية، لكنها تتفق على إبراز طبيعة هذا الجزء المالي وغايته.

عرفها الدكتور سليمان محمد الطماوي بأنها: "مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد".

كما عرفها الدكتور عمار عوابدي بأنها: "المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية".

تتميز الغرامة التأخيرية بطابع خاص تنفرد به عن غيرها من الجزاءات المالية الأخرى، فهي ذات طبيعة اتفاقية بمعنى أن تطبيقها متوقف على إرادة الطرفين ومقدارها يحدد في الصفقة، وهو ما أكدته المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تقضي: "إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت....".

واضح من النص أن تطبيق الغرامة التأخيرية متوقف على إرادة الطرفين، وهو ما تفيد به الأداة الشرطية "إذا" التي ابتدأ بها نص المادة أعلاه، غير أن الإشكال يثور في حالة غياب النص على الغرامة التأخيرية، فهل يعني ذلك تنازلا من المصلحة المتعاقدة على الرغم من توفر النص التشريعي المنظم لها؟

المشرع الجزائري حسم الأمر بتأكيد على الطبيعة الاتفاقية للغرامة التأخيرية ⁽²⁾، والجدير بالذكر أن غرامات التأخير لا تطبق فقط على المتعامل المتعاقد الوطني، بل يمكن تطبيقها حتى على المتعامل المتعاقد الأجنبي، إذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد حسب الرزنامة الزمنية والمنهجية المذكورة

1 - كما كرس قضاء الغرفة الإدارية للمحكمة العليا تطبيق الغرامة التأخيرية في القرار الصادر بتاريخ 16/12/1989، إذ جاء فيه "من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبيق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس موازنة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه وتاريخ الاستلام".

2- أنظر: المادة 90 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

نحطاً من المتعامل المتعاقد الأجنبي⁽¹⁾، وتطبق بصفة تلقائية بمجرد التأخير حتى ولو لم يثبت أن هذا التأخير قد ألحق ضرراً بجهة المصلحة المتعاقدة.

- مصادرة التأمين:

تعتبر التأمينات، مبالغ مالية تدفع من المتعامل المتعاقد كضمان للمصلحة المتعاقدة⁽²⁾، تتوقى بها آثار الأخطار التي قد تصدر منه أثناء مباشرة تنفيذ الصفقة العمومية، وقصد ضمان جدية العرض وقدرته على تحمل المسؤوليات الناتجة عن تقصيره من جراء إخلاله بالتنفيذ، وبالتالي فمصادرة التأمين جزاء مالي يتمثل في حجز واستحواذ المصلحة المتعاقدة على التأمينات التي يقدمها المتعامل المتعاقد معها عند الإخلال بالالتزامات⁽³⁾، تملك المصلحة المتعاقدة توقيعه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي ودون اشتراط تحقق خطر ما⁽⁴⁾.

يتميز هذا الجزاء بجملة من الخصائص التي تميزه عن الجزاءات المالية الأخرى:

- تتمتع المصلحة المتعاقدة بحق مصادرة التأمين عند التقصير في التنفيذ، حتى ولو لم ينص عليه صراحة في الصفقة.

- يوقع هذا الجزاء دون الحاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية ودون الحاجة إلى إلزامها بإثبات وقوع الضرر نتيجة تقصير المتعامل المتعاقد.

- يمثل التأمين المودع لضمان تنفيذ الصفقة الحد الأدنى للتعويض الذي يحق اقتضاه، فلا يحق للمتعامل المتعاقد أن يثبت أن الضرر الذي لحق المصلحة المتعاقدة يقل عن التأمين.

- التعويض:

وهو الجزاء الأصل للإخلال بالالتزامات التعاقدية إذا لم تنص الصفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال، يفرض على المتعامل المتعاقد قصد إصلاح الأضرار التي لحقت المصلحة المتعاقدة لذلك.

فالتعويض هو جزاء المسؤولية العقدية التي يتحملها المتعامل المتعاقد وأهم الجزاءات لعدم وفاء المدين في القانون المدني⁽⁵⁾، يتميز التعويض في العقود الإدارية بصفة عامة، وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة

1- أنظر: المادة 14/24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

2- تتمثل هذه التأمينات في كفالة التعهد، كفالة رد التسيقات وكفالة حسن التنفيذ.

3 - يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد من شرط تقديم الضمان إذا لم يتعد [□] أجل تنفيذ الصفقة 3 أشهر أو إذا اعتقدت أن طابع الخدمات لا يتطلب ذلك.

4 - د. سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 107 .

5- إذ تنص المادة 124 من القانون المدني " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان

ببعض الخصوصية مقارنة بقواعد القانون الخاص، ومن أبرز خصائصه جبر الضرر الذي تتعرض له المصلحة المتعاقدة ولا يكون محددًا مقدما في الصفقة، وإلا أصبح في حكم الغرامات ولا تملك المصلحة المتعاقدة إمكانية استيفاء مقدار التعويض بنفسها لانعدام النصوص القانونية أو العقدية، لذا فهي مجبرة على اللجوء إلى القضاء للحصول على التعويض المناسب للأضرار التي لحقتها، وإذا كان من حق المصلحة المتعاقدة الحصول على التعويض جراء إخلال المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته، فلم تشر النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر شروطها إلى كيفية التعويض، واكتفت المواد 7/35، 36، 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة بالنص بأن التعويض يقتطع من المبالغ التي يستحقها المتعاقد أو من ضمانه.

ثانيا - سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة:

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بسلطة توقيع جملة من الوسائل الضاغطة أو الإجراءات القهرية، تستهدف إرغام المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزاماته، لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك.

نتصف هذه الجزاءات بأنها أشد قسوة إذا ما قورنت بالجزاءات المالية، لذا لا تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة إلا إذا أخل المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة إخلالا خطيرا.

وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذه الإجراءات في كافة العقود الإدارية والصفقات العمومية خاصة، لذا تختلف صور توقيع هذه الجزاءات باختلاف نوع الصفقة، فيما إذا كانت صفقة الأشغال العامة، أو إذا كانت صفقة لوازم (توريد) .

وقد اقتصرَت الدراسة على هذه الصفقات على سبيل المثال ولا اعتبارها من الصفقات التي يكثر إبرامها ولا ينبغي فهم ذلك، أن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع ممارسة هذه الجزاءات إلا على هذين النوعين فقط ، بل هي سلطة مقررة في كل عقد يحمل وصف صفقة عمومية.

1- سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة:

بمقتضاه تحل المصلحة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق مقاول آخر بتنفيذ الأشغال على حساب المقاول المتخلف، وفي سبيل ذلك يمكنها الاستيلاء على أدواته وعماله بالقدر الذي يمكنها من إنجاز العمل، ولا يعني ذلك إنهاء الصفقة، بل الغرض منه حرمان المقاول المقصر من فائدها بصفة مؤقتة ⁽¹⁾، ولخطورة هذا

سببا في حدوثه بالتعويض".

1 - حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية (العقود الإدارية في التطبيق العملي)، منشأة المعارف، مصر 1998، ص 233 .

الجزء على المفاوض المتعاقد كان لابد من توافر شروط لممارسته، يتمثل أهمها في وجود خطأ في تنفيذ الالتزام وإذا أستوفى الإجراء هذا الشرط يترتب آثاره القانونية التي يمكن حصر أهمها في:

- سحب العمل من المفاوض نتيجة إهماله أو تقصيره ل يتم تنفيذ الصفقة إما عن طريق المصلحة المتعاقدة بنفسها أو بواسطة مفاوض آخر.

- حصول المصلحة المتعاقدة على النفقات من مستحقات المفاوض أو من مبلغ التأمين⁽¹⁾.

- حق المصلحة المتعاقدة في احتجاز كل أو بعض محتويات محل العمل من منشآت وآلات ومواد ولا يحق للمفاوض المطالبة باستردادها.

- لا يجوز الجمع بين جزاء سحب العمل من المفاوض وبين فسخ الصفقة.

ويبقى الإشكال مطروحا حول إمكانية الطعن في هذا الإجراء أمام قضاء الإلغاء، خاصة وأنه لا يمكن وصفه بالقرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية، وإنما مجرد إجراء تتخذه المصلحة المتعاقدة استنادا إلى نص من نصوص الصفقة، خاصة وأنه إجراء مؤقت لا ينهي الصفقة العمومية⁽²⁾.

2- الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقات التوريد:

وهو الإجراء الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة اتجاه المورد المتعاقد معها، الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها في المدة المحددة أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة، وذلك بشراء هذه الأصناف على نفقته وتحت مسؤوليته.

يعتبر هذا الإجراء من وسائل الضغط المكرسة فقها وقضاء، لعلاقته الوثيقة بفكرة استمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور وهو حق ثابت ولو لم تنص عليه الصفقة، وذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسي⁽³⁾، رغم ذلك لم يسبق لقانون الصفقات العمومية أن تضمنه في أحكامه سواء في التنظيم الحالي أو التنظيمات السابقة.

ولتطبيق الإجراء يستوجب توافر عدة شروط حتى لا نتعسف المصلحة المتعاقدة في توقيعه وتتمثل في:

- وجود خطأ يتسم بجسامة معينة من قبل المورد، ومن الأخطاء التي تبرر الشراء ما يلي:

- التأخر الجسيم عن تسليم الأصناف المتعاقد عليها، الامتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد، تنفيذ الصفقة

1- وهذا ما قضت به المادة 35 / 7 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

2- د. سبكي ريحة، مرجع سابق، ص 130.

3- سعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، فرع قانون عام، كلية الحقوق، الجزائر، 2008، ص 2.

على وجه غير مرضٍ، الإهمال في تنفيذ الالتزامات التي تفرضها الصفقة على وجهٍ يعرض المرفق للخطر.

- وجوب الإعذار إذ يجب على المصلحة المتعاقدة التقيد بشرط الإعذار قبل اتخاذ أي إجراء ضاغط بما فيه الشراء على حساب ومسؤولية المورد العاجز عن التوريد، وذلك بمنحه مهلة أولية بإخطاره بوجوب تنفيذ التزامه مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك. يعتبر الإعذار ضرورة تقتضيها طبيعة هذا الجزء بالنظر إلى نتائج القانونية على المورد، كما حرص مجلس الدولة الفرنسي على وجوب إعذار المتعاقد قبل توقيع هذا الجزء ولا يوجد أي سبب لاستبعاد هذا المبدأ⁽¹⁾.

المبحث الثاني - حقوق المتعامل المتعاقد

تتضمن الصفقة العمومية شروطاً استثنائية تمكن المصلحة المتعاقدة استعمال سلطات واسعة غير معروفة في مجال التعاقد بين الخواص. وفي المقابل يتمتع المتعامل المتعاقد بحقوق تعوضه عما قد يتكبده من نفقات وما يواجهه من صعوبات تتمثل في قبض المقابل المالي المتفق عليه في العقد (المطلب الأول)، ونظراً للسلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة تحقيقاً للمصلحة العامة، قد يحمّل المتعامل المتعاقد نفقات إضافية، لذا يتعين عليها التدخل لإعادة التوازن المالي للصفقة الذي يعد أبرز حقوق المتعامل المتعاقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحصول على المقابل المالي المتفق عليه

فقبض المقابل المالي أهم حقوق المتعامل المتعاقد وهو الغاية من التعاقد، يتمثل في العائد المادي مقابل تنفيذ العقد، والمسلم به أن الشروط المتعلقة بتحديد المقابل المالي في العقد هي شروط تعاقدية لا يمكن تعديلها دون موافقة المتعاقد معها يتخذ المقابل المالي عدة صور، فقد يتخذ رسم كما هو الحال في عقود الامتياز، إذ يتقاضاها من المنتفعين مباشرة.

وقد يكون في شكل مرتب شهري كما هو الحال في عقود التوظيف. وقد يكون في شكل ثمن وهو الطابع الغالب في العقود الإدارية عامة وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة.

أما عن كيفية دفع الثمن فقد حددتها المادة 73 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، والمتمثلة أساساً في التسبيق (الفرع الأول) والدفع على الحساب (الفرع الثاني) والتسوية على رصيد الحساب (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التسبيق

يقصد بالتسبيق طبقاً لأحكام المادة 74 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، " كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد. وبدون مقابل مادي للخدمة"، ويتخذ صورتين أساسيتين جاء تحديدهما في

1 - د. بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 130.

صلىب المادفة 76 من المرسوم الرئاسى رقم 10-236، وهما التسبىق الجزافى (أولا)، والتسبىق على التموىن (ثانىا).

أولا - التسبىق الجزافى:

وىسدد بنسبة أقصاها 15% من السعرا الأولى للصفقة، طبقا لأحكام المادفة 77 من المرسوم الرئاسى رقم 10-236⁽¹⁾، قد ىدفع مرة واحدة، كما ىمكن دفعه على أقساط تنص الصفقة على تعاقبها الزمنى⁽²⁾.

ثانىا - التسبىق على التموىن:

وىخص صفقات الأشغال أو اللوازم إذا أثبت أصحابها حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة لمواد أو منتجات ضرورية لتنفىذ الصفقة⁽³⁾.

ونشىر فى هذا الصدد أنه ىمكن للمتعاىل المتعاقد فى مكال صفقات الأشغال أو اللوازم أن ىجمع بىن الحقىن (التسبىق الجزافى والتسبىق على التموىن) بشراط ألا ىتجاوز مجموعه 50% من المبلغ الإجمالى للصفقة⁽⁴⁾، وفى كل الأحوال لا تدفع التسبىقات إلا إذا قدم المتعاىل المتعاقد مسبقا كفالة ىصدرها بنك خاضع للقانون الجزائرى أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعهىن الجزائرىىن.

وتصدر كفالة المتعهىن الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائرى، ىشملها ضمان مقابلى صادر عن بنك أجنبى من الدرجة الأولى، وذلك طبقا لنص المادفة 75 من المرسوم رقم 12-04.

الفرع الثانى: الدفع على الحساب

وهو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابلى تنفىذ جزئى لموضوع الصفقة وىخص صفقات الأشغال أو الخىدمات وىكون شهريا كقاعدة عامة⁽⁵⁾، استثناء[□] ىمكن النص فى الصفقة على مدة أطول تتلاءم مع طبيعة صفقات الخىدمات.

قىد المشرع الاستفادفة من الدفع على الحساب بشروط منها:

- أن ىثبت المتعاقد قىامه بعملىات جوهرىة فى تنفىذ الصفقة.
- أن ىقدم المتعاقد الوثائق الثبوتىة كالمحاضر الخاصة بالأشغال المنجزة ومصارىفها، جدول تفصىلى للوازم

1- ىمكن أن ىتجاوز ذلك الحد استثناء[□] طبقا للمادفة 78 من أحكام المرسوم الرئاسى رقم 10-236.

2 - أنظر: المادفة 79 من أحكام المرسوم الرئاسى رقم 10-236.

3 - أنظر: المادفة 80 من أحكام المرسوم الرئاسى رقم 10-236.

4 - أنظر: المادفة 82 من أحكام المرسوم الرئاسى رقم 10-236.

5 - أنظر: المادفة 37، 72 من أحكام المرسوم الرئاسى رقم 10-236.

موافق عليه من المصلحة المتعاقدة، جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية مؤشر عليه من صندوق الضمان الاجتماعي.

الفرع الثالث: التسوية على رصيد الحساب

يقصد به الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل المرضي لموضوعها⁽¹⁾، فالتسوية على الرصيد المؤقت تستهدف طبقاً للمادة 74 إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقدة عليها مع اقتطاع ما يلي:

-الضمان المحتمل.

-الغرامات المالية المتبقية على عاتق المتعامل عند الاقتضاء.

-الدفعات على اختلاف أنواعها بمعنى (التسبيقات والدفع على الحساب التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة).

أما التسوية على الرصيد النهائي فتتم بعد رد اقتطاعات الضمان وشطب الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء.

المطلب الثاني: ضمان التوازن المالي للصفقة

تهدف الصفقة العمومية إلى إشباع الحاجات العامة بينما يسعى المتعامل المتعاقد إلى تحقيق الربح واستهداف مصلحته الشخصية.

فإذا حال بينه وبين تحقيق تلك المصلحة إجراءات اتخذتها المصلحة المتعاقدة أو فرضتها ظروف أو صعوبات جعل تنفيذ التزاماته التعاقدية عسيراً ومكلفاً بصورة فاقت إمكانياته، على المصلحة ضمان التوازن المالي تحقيقاً لفكرة التناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه، حتى ينفذ العقد على النحو المتفق عليه⁽²⁾، فتدخل المصلحة المتعاقدة على الرغم من أنها لم ترتكب أي خطأ فأساس مسؤوليتها اعتبارات العدالة، فضلاً عن مقتضيات المصلحة العامة التي تستلزم معاونته المتعاقد مع الإدارة لضمان استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، الذي سيؤدي إلى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام في أداء خدماته للجمهور.

ويكون أداء المصلحة المتعاقدة للتعويض في إطار شروط نظرية فعل الأمير (الفرع الأول) أو شروط نظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني)، أو نظرية الظروف المادية غير المتوقعة (الفرع الثالث).

1 - أنظر: المادة 74 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

2- د. ألكي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 124.

الفرع الأول : التعويض على أساس نظرية فعل الأمير

تعتبر نظرية فعل الأمير وما تستهدفه من إعادة التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة من قبيل المظاهر الإنسانية المعروفة في القانون الإداري.

والنظرية من ابتكار القضاء الفرنسي، تهدف إلى تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت له الناتجة عن ممارسة الإدارة لسلطاتها المشروعة دون أن يكون هناك خطأ من جانبها، إذ تصدر أعمالاً ذات طبيعة تنظيمية أو تشريعية دون أن يكون الهدف منها إحداث تعديلات على العقد، لكنها تحمل تغيرات على شروط تنفيذه، فيصبح أكثر صعوبة على المتعامل المتعاقد الذي يتحمل بسببها أعباء إضافية.

فيقصد إذن بفعل الأمير التصرف أو العمل الصادر عن الإدارة الذي يؤدي إلى إرهاب المتعامل المتعاقد بصورة جدية، الأمر الذي يقضي دعمه مالياً وتعويضه حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ العقد تحقيقاً للمصلحة العامة ⁽¹⁾ يتخذ عمل الأمير صورة العمل الفردي (أولاً)، أو صورة إجراء عام (ثانياً).

أولاً - عمل الأمير في صورة إجراء خاص:

وهي الصورة الغالبة لعمل الأمير ويتم ذلك بطريق مباشر (أ) أو غير مباشر (ب).

أ- تعديل مباشر في شروط الصفقة: يحق للمصلحة المتعاقدة أن تتدخل مباشرة بقرارات لتعدل في التزامات المتعامل المتعاقد معها سواء بالزيادة أو النقصان.

يشكل هذا الإجراء أعباء وتكاليف مالية مرهقة للمتعامل المتعاقد، فتمس بالتوازن المالي للصفقة العمومية يؤدي إلى ضرورة تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عما لحقه من جراء تعديل شروط العقد ⁽²⁾.

ب - تعديل غير مباشر في شروط الصفقة: قد لا يؤثر الإجراء بطريقة مباشرة على شروط الصفقة، ولكنه يؤثر على ظروف تنفيذها من شأنه تحميل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد، حينئذٍ يتعين تعويض المتعامل المتعاقد تعويضاً كاملاً تحقيقاً للتوازن المالي للعقد.

ثانياً - عمل الأمير في صورة إجراء عام:

يقصد بالإجراء العام صدور قوانين وتشريعات من المصلحة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد معها، وقد يؤدي الإجراء العام إلى تعديل شروط العقد أو يؤثر في ظروف التنفيذ الخارجية شأنه في ذلك

1 - د. بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 89.

2- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1991، ص 626.

شأن الإجراء الخاص⁽¹⁾، ولا تطبق النظرية إلا بتوافر مجموعة من الشروط وضعها القضاء:

1- وجود عقد إداري: فلا تطبق نظرية فعل الأمير على عقود القانون الخاص ولو كانت الإدارة طرفاً في العقد.

2- صدور تصرف من الجهة الإدارية: فالإجراء الذي يطبق على أساسه نظرية فعل الأمير هو الإجراء الصادر عن الهيئة المتعاقدة أو من أي سلطة أخرى⁽²⁾ في الدولة، المهم أن يؤثر في التزامات المتعاقد بما يزيد من أعباءه، وأن يكون التصرف غير مخالف للنظام العام، بمعنى أن يكون مشروعاً، مطابقاً للنظام القانوني السائد بالدولة.

3- أن يكون الإجراء غير متوقع: فالتمسك بنظرية فعل الأمير يشترط أن تكون الإجراءات غير متوقعة بمعنى لم يكن بوسع المتعامل المتعاقد التنبؤ بها موازاة بالرجل العادي الحريص الذي يتواجد في نفس ظروفه، وإلا اعتبر مقصراً ولا يستحق التعويض.

4- أن يلحق الإجراء ضرراً: فالضرر هو السبب في تقرير التعويض ولا يشترط في الضرر قدر من الجسامة، فكل ضرر يولد الحق في التعويض فقد يزيد من أعباءه المالية أو ينقص ما توقعه المتعامل المتعاقد من أرباح، فتوافر الشروط السابقة يؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة يولد حق الحصول على تعويض كامل يعيد التوازن المالي للعقد.

وإذا وجدت نظرية فعل الأمير لمواجهة المخاطر التي يتعرض لها المتعامل المتعاقد نتيجة سلطات الإدارة الخطيرة، ألا أن السؤال يثور في حالة تعرض المتعامل المتعاقد لأضرار تعود أسبابها إلى ظروف خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة وتخرج عن إرادة أجهزة الدولة، فهل يتحمل وحده التكاليف والخسائر التي تحدثها الظروف؟ من أجل التصدي لهذه الاحتمالات عمل مجلس الدولة الفرنسي على إيجاد نظرية الظروف الطارئة⁽³⁾.

1 - بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص 86.

2 - فلا يختلف الأمر لو صدر التصرف عن السلطة التنفيذية إذ يستحق الملتزم تعويضاً على أساس نظرية فعل الأمير استناداً إلى فكرة وحدة شخصية الدولة، فلا عبرة بتعدد أجهزة الدولة واستقلال كل جهاز عن الآخر، مادامت هذه الأجهزة تابعة لشخص قانوني واحد هو الدولة. ولمزيد من التفصيل انظر: أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 120.

3 - أنشئت نظرية الظروف الطارئة من طرف مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 30 ماي 1916 في قضية شركة غاز

الفرع الثاني: التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة

برزت نظرية الظروف الطارئة أثر الأزمات التي حلت بالاقتصاد الرأسمالي بعد الحرب العالمية الأولى، وظهرت في وقتنا هذا لمواجهة ظرف يقع أثناء تنفيذ العقد يؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد، الأمر الذي يلزم المصلحة المتعاقدة تحمل جزء من هذه الخسارة يعود بفضلها التوازن المالي للعقد، لأن المتعاقد لا يتحمل لوحده الأعباء غير المتوقعة. وتعد من الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على استبعاد تطبيقها⁽¹⁾، يستوي أن يكون مصدر الظرف الطارئ ظواهر طبيعية أو ظروف اقتصادية أو إجراءات إدارية صادرة عن غير الجهة المتعاقدة، وتطبيق النظرية يستوجب توافر شروط وهي:

- حدوث ظرف أو حادث استثنائي⁽²⁾: فتطبيق النظرية مرهون بأن يطرأ خلال تنفيذ العقد ظروف خارجة عن إرادة الطرفين لم تكن في الحسبان عند إبرام العقد، وتترك للقاضي تقدير مدى توقع المتعاقد لوقوع الظرف الطارئ، أو إمكانية توقع حدوثه على ضوء معيار الرجل العادي المتواجد في نفس ظروفه.
- أن يحدث الظرف الطارئ خلال تنفيذ الصفقة وليس بعدها: لذلك فأكثر الصفقات عرضة لتطبيق النظرية هي صفقات الأشغال العامة التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن ويقل تطبيقها وينعدم في صفقات التوريد لأن مدة تنفيذها قصيرة⁽³⁾.

- أن يكون الظرف الاستثنائي غير متوقع: وإلا كنا أمام نظرية فعل الأمير، أما إذا كان الظرف الطارئ يعود إلى فعل المتعامل المتعاقد فتثار آنذاك مسؤوليته على أساس الخطأ العقدي، وقد أكد القضاء الإداري الجزائي هذا الموقف⁽⁴⁾.

لذا أجاز القانون المطالبة بتعويض كامل لجبر ما أحدثته تلك الصعوبات من أضرار⁽⁵⁾، ولاستحقاق المتعامل المتعاقد لهذا التعويض يستوجب توافر شروط خاصة، وهي:

-
- 1 - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم) دراسة مقارنة (، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 146 .
 - 2 - يقصد بالظروف الاستثنائية أحداث الحرب والفتن والانقلابات الداخلية، وكل الحالات الخطيرة التي من شأنها المساس بالنظام العام، لمزيد من التفصيل انظر: تيممي نجاة، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، بحث للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، الجزائر، 2002، ص 13.
 - 3 - سحر جابر يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، كلية الحقوق، مجلة جامعة الكوفة، العدد السابع، 2008، ص 148.
 - 4 - المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 99694 المؤرخ في 10/10/1993، قضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، المجلة القضائية، العدد 1، الجزائر، 1994، ص 217 .
 - 5 - د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 714 .

- أن يواجه تنفيذ العقد صعوبات مادية غير متوقعة، إذ يخرج عن إطار تطبيق النظرية إذا كانت الصعوبة ذات طبيعة اقتصادية أو إدارية أو طبيعية أو سياسية، لأن مجالها نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة، إذا توافرت شروط تطبيقها.

- أن تكون الصعوبة المادية ذات طابع استثنائي تتجاوز ما كان متوقعا وخارجة عن إرادة طرفي العقد، فلو اعترض تنفيذ العقد صعوبة مادية كان بوسع تجاوزها لولا خطأ أو إهمال المتعامل المتعاقد فلا مجال لتطبيق النظرية.

- أن تلحق الصعوبة المادية ضررا بالمتعاقد، فلا تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تلقائيا بمجرد اعتراض تنفيذ العقد صعوبة مادية استثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين، إذ يفترض وقوع ضرر جراء ذلك يستوي أن يكون بسيطا أو جسيما.

وإذا توافرت الشروط السابقة مجتمعة على القاضي تطبيق أحكام النظرية وما تستتبعه من أحكام تتمثل أساسا في تعويض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا عما لحقه من أضرار ويفرض على المتعامل واجب الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، رغم ما يسد طريقه من صعوبات مادية وتوقف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته يجعله عرضة لتطبيق الجزاءات فضلا عن فقدانه لحق التعويض⁽¹⁾.

فإذا تحققت الشروط السابقة كانت إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة يترتب عن ذلك مساهمة

المصلحة المتعاقدة في تحمل الأعباء المالية من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

غير أن تشجيع التعديل عن طريق الملحق أدى إلى تراجع طلبات التعويض للظروف وذلك ما توضحه المادة 2/115 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، التي تجعل إبرام الملحق ضرورية إذا اختل التوازن الاقتصادي للصفقة، دون أن تنص على مصدر أو سبب الاضطراب بل أكدت فقط على أن تكون لأسباب خارجة عن إرادة الطرفين.

فحرصا على مواصلة تنفيذ الصفقة يصبح من الضروري إبرام ملحق من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة، والملحق الذي يؤسس على نظرية الظروف الطارئة يمكن إبرامه خارج حدود الآجال التعاقدية وفي جميع الحالات يخضع لرقابة لجنة الصفقات المختصة.

وفي غياب الأرقام الحقيقية عن الملحقات المبرمة بسبب الظروف الطارئة وغياب اجتهاد قضائي لا يمكن الجزم حول مدى استعمال أو تراجع نظرية الظروف الطارئة في ميدان الصفقات العمومية في

1 - د. أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 133 .

الجزائر، وإذا تبين أن العقد لن يعود له توازنه المالي وقلب اقتصاداته أصبح نهائيا بما يتعارض مع الطبيعة المؤقتة التي يتسم بها الظرف الطارئ يحق لطرفي العقد المطالبة بفسخ العقد (1).

ولا يتحقق إعادة التوازن المالي من خلال نظريتي فعل الأمير والظروف الطارئة، بل هناك نظرية أخرى قد تجد أساسا لتطبيقها في حالة عدم توفر شروط تطبيق النظريتين السابقتين، بيانا في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعد النظرية من ابتداع القضاء الفرنسي جاءت لمواجهة صعوبات استثنائية غير متوقعة يترتب عليها زيادة أعباء المتعامل المتعاقد تجعل العقد أكثر إرهاقا وتكلفة، لذا من حقه المطالبة بتعويض كامل لجبر ما أحدثته تلك الصعوبات من أضرار (2).

ولاستحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض الكامل يستوجب توافر مجموعة من الشروط كغيرها من النظريتين السابقتين وتمثل في:

- أن يعترض بتنفيذ العقد صعوبة ذات طابع مادي استثنائي تُجاوز ما كان متوقعا وقت التعاقد، فضلا عن ذلك يجب أن تكون الصعوبة المادية خارجة عن إرادة طرفي العقد وإلا فسخ المجال لتطبيق نظرية فعل الأمير إذا ما توفرت شروط تطبيقها.

- أن تلحق الصعوبة المادية ضررا بالمتعاقد، فلا تطبق النظرية تلقائيا بمجرد اعتراض التنفيذ صعوبة مادية استثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين، إذ يفترض إصابة الملتزم بضرر جراء ذلك يستوي أن يكون بسيطا أو جسيما، فأساس تطبيق النظرية جبر الضرر الناجم عن الصعوبة المادية.

فإذا توفرت الشروط السابقة مجتمعة، تسنى للقاضي تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وأهم نتائجها التزام المصلحة المتعاقدة تعويض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا عما لحقه من أضرار.

وقيام الظروف المادية غير المتوقعة لا يرقى لأن يكون سببا لإعفاء المتعاقد من أداء التزاماته التعاقدية، إذ يفرض على المتعاقد واجب الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم ما يسد طريقه من صعوبات مادية، طالما اقتضت آثارها على جعل التنفيذ أكثر كلفة دون أن تجعله مستحيلا، وتوقفه عن تنفيذه يجعله عرضة لمختلف الجزاءات فضلا عن فقدانه لحق التعويض عما خلفته الصعوبات المادية من آثار ضارة ولا يتقرر الإعفاء إلا في حالة القوة القاهرة (3).

1 - د. ألكي نعيمة، مرجع سابق، ص 127 .

2 - د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في تنفيذ العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 714 .

3 - وجد هذا المبدأ تكريسا في القضاء الجزائري لاسيما قرار مجلس الدولة المؤرخ في 8 مارس 1990 ، في قضية بلارة

والجدير بالذكر أن النظريات الثلاث السابقة تقوم على أساس مسؤولية الإدارة بلا خطأ، فإن أخطاء لا يمكن إثارة مسؤوليتها على أساس النظريات السابقة بل تُسأل على أساس وفي نطاق المسؤولية العقدية، وفضلا عن الحقوق السابقة يتمتع المتعامل المتعاقد ببعض المزايا المالية الأخرى ومن أمثلتها؛ القروض التي تتعهد الإدارة بتنفيذها للمتعاقد معها والتسهيلات الائتمانية.

كما يجوز للمتعاقد مع المصالح المتعاقدة في حالات عديدة المطالبة بالتعويض سواء بارتكاب خطأ من هذه المصالح أدى إلى إحداث الأضرار أو بسبب قيامه بأعمال غير مطلوبة، ولكنها ضرورية للفرق محل الصفقة ولازمة بالنسبة للمتعاقد جاز له في هذه الحالات وغيرها المطالبة بالتعويض.

* نهاية الصفقات العمومية *

باعتبار الصفقة العمومية من العقود الزمنية فلا بد من مآل ساعة زوالها الذي قد يتم بالطرق العادية وهي النهاية الطبيعية لأي صفقة عمومية.

كما قد تكون ضحية خلافات بين الأطراف نظرا لعدم احترام أي منهما لالتزاماته المفروضة فيؤدي إلى نهايتها.

1- النهاية الطبيعية للصفقات العمومية:

تُعبّر الصفقة العمومية عن علاقة قانونية بين طرفين يعتبر الزمن فيها عنصرا جوهريا، وبالتالي فانقضاء المدة الزمنية لنفاذه يؤدي حتما إلى انقضائه، ويبدأ سريان المدة من تاريخ المصادقة النهائية على العقد. وقد يحدث وأن يغفل ذكر المدة في العقد وهو أمر نادر الوقوع فنستعين بالمدة القصوى المحددة قانونا لتمثل تاريخ نهايته حسب طبيعة كل صفقة (1).

والجدير بالإشارة أن قانون الصفقات العمومية لم يخص أحكاما خاصة لكل نوع من الصفقات العمومية، بل جميع أحكام الصفقات بمختلف أنواعها وترك للمصالح المتعاقدة باختلاف أنواعها حرية تحديد تاريخ نهاية الصفقة العمومية حسب طبيعة كل صفقة، كما تنتهي الصفقة العمومية نهاية طبيعية بتنفيذ موضوعها فتتحل الرابطة العقدية بوفاء كل طرف بالتزاماته التعاقدية، ففي عقد الخدمات ينتهي العقد بوفاء كل طرف بما في ذمته من التزام، فيقوم المتعهد بتنفيذ الخدمة موضوع العقد وتقوم المصلحة المتعاقدة

توفيق ضد رئيس المندوبية التنفيذية ولاية سكيكدة، نقلا عن: لباد ناصر، القانون الإداري، النشاط الإداري، LEBED، 2004، ص 450 .

1 - د. أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 151 .

بالتسوية المالية للصفقة أو أن يقوم المتعامل المتعاقد في عقد الدراسات بإنجاز الدراسة وتبادر المصلحة المتعاقدة إلى الوفاء بالتزامها أيضا وغيرها.

الواضح أن الصفقة العمومية في هذه الصورة تقترب من نهاية العقد المدني، الذي ينتهي بتنفيذ موضوع العقد ووفاء كل طرف بما عليه من التزامات⁽¹⁾، رغم ذلك تظل الصفقة العمومية متميزة بأحكامها الخاصة لاسيما في عقد الأشغال العامة؛ فبعد وفاء المتعامل المتعاقد بالتزاماته كاملة في الموعد المحدد وتسليمه المشروع تظل مسؤوليته قائمة فهذا النوع من الصفقات يعرف نوعين من التسليم.

- التسليم المؤقت عند إتمام الأشغال موضوع الصفقة، يتولى المتعامل المتعاقد تسليم المشروع للإدارة المعنية وتبادر إلى الاحتفاظ بمبلغ الضمان للتأكد من حسن تنفيذ الصفقة طبقا لما تم الاتفاق عليه، كما تقتطع الغرامات المالية والدفعات بعنوان التسبيقات⁽²⁾.

- التسليم النهائي عند تسجيل تحفظات على كيفية التنفيذ، يلزم المتعامل المتعاقد بمحاولة رفعها والاستجابة لمضمونها وحال إتمام ذلك يتم تسليم المشروع نهائيا وعندها تقوم المصلحة المتعاقدة برد اقتطاعات الضمان وشطب الكفالات⁽³⁾.

2-النهاية غير الطبيعية للصفقات العمومية - النهاية المبسترة :

تنتهي الصفقة العمومية كأصل عام بتنفيذ موضوعها وهو الوضع الطبيعي والمألوف، وقد تنتهي قبل إتمام عملية التنفيذ، حال ارتكاب خطأ جسيم أثناء تنفيذ العقد أو بتقاعس أحد طرفي العقد في الوفاء السليم بالتزاماته، وهو ما يؤدي إلى وضع حد لهذا العقد قبل حلول أجله في صورة نهاية مبسترة، وهذه الحالة تأخذ أشكالا متعددة حسب نوع وطبيعة كل صفقة، لكننا في هذا المقام نتعرض إلى الفسخ باعتباره النهاية غير الطبيعية المشتركة لجل الصفقات على اختلاف أنواعها وطبيعتها.

يعتبر الفسخ نهاية الصفقة وجزاء أو عقوبة توقع على الطرف الذي تراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية، بعد أن خابت كافة الوسائل في إصلاحه؛ مما يفقد المصلحة المتعاقدة الثقة في التعامل معه.

يأخذ الفسخ صوراً مختلفة فقد يكون استجابة لرغبة طرفيه أو خضوعا واحتراما للقانون أو تطبيقا لحكم قضائي.

1 - د. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات...، مرجع سابق، ص 351 .

2 - أنظر: المادة 86 من أحكام المرسوم الرئاسي 10-236.

3 - أنظر: المادة 86 من أحكام المرسوم الرئاسي 10-236.

-الفسخ الاتفاقي:

وهو ذلك الفسخ الذي يتم باتفاق الطرفين قبل نهاية مدة الصفقة وبمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض المستحق وكيفية دفعه دون حاجة اللجوء إلى القضاء⁽¹⁾، ويجد هذا الفسخ أساسه في أحكام المادة 113 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، التي جاء فيها: "زيادة على الفسخ من جانب واحد المنصوص عليه في المادة 112 أعلاه يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض".

ولما كان للفسخ الاتفاقي الطابع الرضائي، فإن نص المادة 113 المذكورة أعلاه أوجبت توقيع اتفاقية أو وثيقة الفسخ من قبل الممثل القانوني للمصلحة المعنية والمتعامل المتعاقد، تتضمن التسوية المالية للأشغال المنجزة حفاظا على حقوق المتعامل المتعاقد خاصة وأنه لم يثبت الخطأ من جانبه⁽²⁾.

-الفسخ بقوة القانون:

خلافا للفسخ الاتفاقي قد يفسخ العقد بقوة القانون دون الوقوف على رغبة أحد أطرافه كما لو هلك محل الصفقة العمومية بسبب قوة قاهرة، أو إذا تضمنت الصفقة شرطا فاسخا يجعل الصفقة مفسوخة بتحقيقه... وغيرها.

-الفسخ الإداري:

من أهم سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد الفسخ الانفرادي أو الإداري للصفقة العمومية وهو ما جاء صراحة في أحكام المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

واضح من نص المادة أن المشرع الجزائري اعترف صراحة للمصلحة المتعاقدة ممارسة هذه السلطة، ألا أن ممارستها معلقة على إجراء جوهرى يمثّل في الإعذار وهو إجراء شكلي جوهرى قبل توقيع الفسخ⁽³⁾، إذ يشكل الإعذار حماية للمتعامل المتعاقد من تعسف المصالح المتعاقدة وخروجها عن مبدأ المشروعية، وبالتالي لا فسخ دون إعذار، وما نسجله على نص المادة 112 أنها لم تحدد أجلا بعد توجيه الإعذار يسمح بعد

1 - د. أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 155 .

2 - د. بوضياف عمار، شرح قانون الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 354.

3 - وذلك ما جاء عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية توهامي طاهر ضد والي ولاية عنابة، الذي جاء في مضمونه أن الإدارة لم توجه إنذار للمتعامل المتعاقد معها قبل توقيع جزاء الفسخ لاسيما وأن المادة 6 والمادة 35 من العقد تقتضيان ضرورة الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ، المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار مؤرخ في 28/07/1990، قضية توهامي طاهر ضد والي ولاية عنابة.

انتهائه ممارسة سلطة الفسخ، ولربما تعتمد المشرع ذلك لينح المصالح المتعاقدة سلطة تقديرية حسب طبيعة كل صفقة.

وبالرجوع إلى قرار وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2011 نصت المادة 2 منه أن الفسخ لا يتم من جانب المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه إعدارين للتعامل المتعاقد العاجز كما وصفته المادة المذكورة، كما بينت المادة الثالثة من ذات القرار مضمون الإعدار، وأوجبت ذكر البيانات التالية:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها، تعيين العامل المتعاقد وعنوانه، التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها، توضيح إن كان أول أو ثاني إعدار، موضوع الإعدار، الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعدار، العقوبات المنصوص عليها في حال رفض التنفيذ.

أما عن شكل الإعدار فينصت المادة الرابعة، إذ يتم برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام ونشره وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي⁽¹⁾.

على خلاف الفسخ الاتفاقي فإن الفسخ الانفرادي أو الإرادي يشكل أهم صورة لسلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد يمارس جراء تقصيره أو إخلاله الجسم بالتزاماته العقدية بما يضمن السير الحسن للمشروعات محل الصفقات العمومية، بما يجسد فكرة استمرارية المرافق العامة لذا يسمى أيضا بالفسخ الجزائي.

كما يجوز للمصلحة المتعاقدة فسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم يرتكب المتعامل المتعاقد أي خطأ مراعاة لمبدأ الملائمة، غير أن هذا الأمر يعطي المصالح المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في وضع حد للرابطة العقدية، وتلزم المصلحة المعنية تبرير موقفها عند ممارسة الرقابة من الجهات المخولة قانونا.

-الفسخ القضائي:

من منطلق أن حق التقاضي مكفول للجميع، فيجوز لطرفي الرابطة العقدية اللجوء إلى القضاء الإداري ممثلا في المحاكم الإدارية المختصة إقليميا.

ومن الطبيعي أن يستند رافع الدعوى لسبب جدي يوجب الفسخ القضائي ويبرر استجابة القاضي الإداري لموضوع الدعوى⁽²⁾.

تلك هي حالات نهاية الصفقة العمومية بمعنى نهاية حياتها أو مسارها القانوني.

1 - وفي صفقات الأشغال العامة كثيرا ما تستعمل الإدارة وسائل الإعلام المكتوبة كالجرائد قبل ممارسة سلطة الفسخ وهذا ما توضحه الإعدارات المنشورة يوميا في الجرائد.

2- د. بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص 103.

خلاصة:

تحتل الصفقات العمومية جانبا هاما من أعمال الدولة وذلك بالنظر إلى مكانتها إذ تمثل الشريان الذي يدعم عملية التنمية الوطنية، لذا حرص المشرع الجزائري على توفير منظومة قانونية متكاملة عبر كم هائل من النصوص بدءا بالأمر رقم 67-90، إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وتعديلاتها المتلاحقة، ليضمنها ميكانيزمات وتدابير جذابة لمحاربة الصفقات المشبوهة، بالرغم مما يعتريها من نقائص يعبر عن إرادة الدولة الصادقة في مواجهة الفساد أو على الأقل التقليل من آثاره.

قائمة المراجع:

• النصوص الرسمية:

1- الدساتير:

- دستور 1996.

- دستور 2016.

2- القوانين العضوية:

- القانون العضوي رقم 01-98، المؤرخ في 30 مايو 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر العدد 39، لعام 1998.

- القانون العضوي رقم 02-98، المؤرخ في 30 مايو 1998، والمتعلق باختصاصات المحاكم الإدارية، ج.ر العدد 43، لعام 1998.

- القانون العضوي رقم 03-98، المؤرخ في 3 يونيو 1998، والمتعلق باختصاصات محكمة النزاع وتنظيمها وعملها، ج.ر العدد 37، لعام 1998.

- القانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 26 يوليو 2011، المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 01-98، ج.ر العدد 39، لعام 2011.

3- القوانين:

- القانون رقم 01-06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر العدد رقم 14، لعام 2006.

- القانون رقم 01-88، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر العدد رقم 02، لعام 1988.

- القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر العدد 21، لعام 2008.

- القانون رقم 10-11، المؤرخ في 22 يونيو 2011، والمتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية العدد رقم 37، لسنة 2011.

4- الأوامر:

- الأمر رقم 67-90، المؤرخ في 17 جوان 1967، والمتعلق بنظام الصفقات العمومية، ج.ر العدد 52، لعام 1967.

- الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، لعام 1975.

- الأمر رقم 96-22، مؤرخ في 9 يوليو 1996، والمتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر عدد (2)، لسنة 1996.

- الأمر رقم 96-31، مؤرخ في 30 ديسمبر 1996، المتضمن قانون المالية لسنة 1997، ج.ر العدد (85)، لسنة 1996 .

- الأمر رقم 95-25، المؤرخ في 25 ديسمبر 1995، والملغي جزئيا للقانون رقم 88-01، والمتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة للدولة، ج ر عدد (55) ، بتاريخ 25 ديسمبر 1995.

- بالأمر رقم 10-03، المؤرخ في 26 - غشت 2010، المعدل والمتمم للأمر 96-22، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج. ر العدد (50)، لسنة 2010.

- الأمر رقم 01-04، المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر عدد (47) ، لعام 2001.

5- المراسيم الرئاسية:

- المرسوم الرئاسي رقم 84-116، المؤرخ في 12 مايو 1984، والمتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج. ر العدد (20)، لسنة 1984.

- المرسوم رئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر رقم 58، لسنة 2010.

- المرسوم الرئاسي رقم 11-427، مؤرخ في 11 ديسمبر 2011 ، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية المتعلقة بكيفيات تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية، الموقع في الجزائر بتاريخ 12 يوليو سنة 2011، ج. ر العدد (68) ، لسنة 2011.

- المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر العدد 50، لعام 2015.

6- المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي رقم 68-652، مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 1968، يتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقوداً أو صفقات تتعلق بالدراسات، ج. ر العدد (2)، لسنة 1969.
- المرسوم التنفيذي رقم 93-289، مؤرخ في 28 نوفمبر 1993، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن يكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، ج. ر العدد (79)، لسنة 1993.
- المرسوم تنفيذي رقم 02-176، مؤرخ في 20 ماي 2002، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 68-652، ج ر عدد (37)، لعام 2002.
- المرسوم تنفيذي رقم 05-114، مؤرخ في 7 أبريل 2005، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 93-289، ج. ر العدد (26)، لسنة 2005.
- مرسوم تنفيذي رقم 11-118، مؤرخ في 16 مارس سنة 2011، والمتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، ج. ر العدد 16، لسنة 2011.

7- القرارات الوزارية:

- قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 15 مايو 1988، المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، ج. ر العدد (43)، لسنة 1988.

• المؤلفات باللغة العربية:

- بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري الجزائري، دار ربحانة، الجزائر، 2002، ص 156.
- بو عمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية، فقهية وقضائية)، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية (العقود الإدارية في التطبيق العملي)، منشأة المعارف، مصر، 1998.
- خالد خليل الظاهر، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار المسيرة، عمان، 1997.
- الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1991.
- الشوبكي عمر، القضاء الإداري، -دراسة مقارنة-، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.
- صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، (الإبرام - التنفيذ - المنازعات)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، وتسوية منازعاته قضاء وتحكيمًا، منشأة المعارف، مصر، 2009.
- عزت عبد القادر، المناقصات والمزايدات في ظل أحكام قانون 1989، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000.
- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، دار اللباد، سطيف، 2004.
- محمد أنس جعفر قاسم، الوسيط في القانون العام، أسس وأصول القانون الإداري، مطبعة اخوان موراقتلي، القاهرة، 1984.
- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990.
- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1989.

- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010.

• المؤلفات باللغة الفرنسية:

- GIBAL Michel, "Le nouveau code des marches publics, une réforme composite", **la semaine juridique**, Juris classeur périodique, édition général, №16-17, Paris, 2004.
- LOMBARD Martine et DUMONT Grilles, Droit administratif, 6ème édition, DALLOZ, Paris, 2005.
- MARCEAU Anne et VERPEAUX Michel, "Qui exerce le contrôle de légalité sur les actes des collectivités locale ?", **Revue Française de Droit Administratif**, N°1, Paris, 2001.
- NICINSKI Sophie, BINCZAK Pascal, Q C M, Droit administratif des biens, Gualin éditeur, Paris, 2001.
- OUCHEN Mohamed, "Pouvoirs de l'assemblée populaire de wilaya", **Revue du Conseil d'Etat**, N° 03, Alger, 2003.
- ROBBINS Stephen, DECENZO David, Management l'essentiel des concepts et des pratiques, 4ème édition, Persan Education, France, 2004.
- SABRI Mouloud, "Le droit des marchés publics en Algérie : réalité et perspectives", IDARA, volume18, N° BENNADJI Cherif, "Marchés publics et corruption en Algérie", Revue d'études et de critique social, N°25, Alger, 2008.

• الرسائل والمذكرات الجامعية:

باللغة العربية:

أ- أطروحات الدكتوراة:

- تاجر محمد، ميعاد رفع دعوى الإلغاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
- سعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، فرع قانون عام، كلية الحقوق، الجزائر، 2008.
- مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة الدول العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، مصر، 2000.

ب- رسائل الماجستير:

- أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005.
- تميمي نجة، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، بحث للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، الجزائر، 2002.

- سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2013.

- سعد محمد علي المرى، مبدأ حرية المنافسة في المناقصة العامة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 2004 .

- فنيش محمد الصالح، القيود الواردة على الإدارة لدى تعاقدتها، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1986.

باللغة الفرنسية:

- ACCORDO Christophe, La Dématérialisation des procédures de passation de marchés public, mémoire pour le D.E.A, de droit public des affaires, U.F.R, des sciences juridiques, administratives et politiques, Université de Paris x-Nanterre, 2005.
- DEBIEVE Christian, La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?, mémoire pour le DESS management du secteur public, faculté de sciences de gestion (IEP de Lyon), 2004.

• الملتقيات:

- خرباشي عقيلة، "دور تعدد أشكال وهيئات الرقابة في ضمان مشروعية الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني حول الصفقات العمومية، المركز الجامعي العربي بن مهيدي، يومي 13 و14 ماي، 2007.
- شريفي شريف، "المناقصة العامة كأسلوب تعاقد في قانون البلدية"، الملتقى الوطني الأول حول دور البلدية في التنمية الحلية، المركز الجامعي النعامة، يومي 18 و19 أفريل 2012.

جدول المحتويات

| | |
|----|---|
| 1 | مقدمة |
| 3 | الفصل الأول: مفهوم الصفقات العمومية |
| 4 | المبحث الأول: تعريف الصفقات العمومية |
| 4 | المطلب الأول: التعريف التشريعي |
| 6 | -المطلب الثاني: التعريف القضائي |
| 6 | المطلب الثالث: التعريف الفقهي |
| 8 | المبحث الثاني: المعايير التشريعية للصفقات العمومية وموقف القضاء والفقه منها |
| 8 | المطلب الأول: المعايير التشريعية للصفقة العمومية |
| 13 | المطلب الثاني: التطبيقات القضائية للمعايير التشريعية |
| 16 | المطلب الثالث: المعايير الفقهية للعقود الإدارية |
| 18 | المبحث الثالث: تمييز الصفقات العمومية عن بعض العقود الأخرى |
| 18 | المطلب الأول: التمييز بين الصفقة العمومية والعقود المدنية |
| 21 | المطلب الثاني: التمييز بين الصفقات العمومية عن العقود التجارية |
| 22 | المطلب الثالث: التمييز بين الصفقة العمومية وعقد العمل |
| 24 | الفصل الثاني: المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية |
| 24 | المبحث الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية |

| | |
|--|---------|
| المطلب الأول: ضمانات وجوب الإشهار والإعلان تحقيقاً لمبدأ حرية الوصول للمطلب | |
| العمومي. | 25..... |
| المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الوصول للمطلب العمومي. | 26..... |
| المبحث الثاني: مبدأ المساواة بين العرضين. | 27..... |
| المطلب الأول: تخصيص أفضلية للمنتوج الوطني والمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري. | |
| | 28..... |
| المطلب الثاني: تخصيص أحكام خاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة. | 29..... |
| المبحث الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات. | 29..... |
| المطلب الأول: مبدأ الشفافية ومبدأ حرية المنافسة. | 30..... |
| المطلب الثاني: دور البوابة الإلكترونية للصفقة العمومية في تكريس مبدأ الشفافية. | 32..... |
| الفصل الثالث: أنواع الصفقات العمومية وطرق إبرامها. | 35..... |
| المبحث الأول: أنواع الصفقات العمومية. | 35..... |
| المبحث الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية. | 41..... |
| المطلب الأول: طلب العروض. | 41..... |
| المطلب الثاني: التراضي كأسلوب استثنائي في كفاءات إبرام الصفقات العمومية. | 47..... |
| المطلب الثالث: حالات التراضي بعد الاستشارة. | 53..... |
| الفصل الرابع: الرقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية. | 56..... |
| المبحث الأول: الرقابة الإدارية. | 56..... |
| المطلب الأول: الرقابة الداخلية (الرقابة الذاتية) | 57..... |
| المطلب الثاني: تعدد أجهزة الرقابة الخارجية. | 61..... |
| المبحث الثاني: رقابة القضاء الإداري للصفقات العمومية. | 75..... |

| | |
|---|-----|
| المطلب الأول - رقابة قضاء الإلغاء للصفقات العمومية..... | 75 |
| الفصل الرابع: حقوق والتزامات طرفي الصفقات العمومية..... | 89 |
| المبحث الأول: حقوق والتزامات المصلحة المتعاقدة..... | 89 |
| المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية..... | 90 |
| المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية..... | 93 |
| المطلب الثالث: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة..... | 97 |
| المبحث الثاني - حقوق المتعامل المتعاقد..... | 102 |
| المطلب الأول: الحصول على المقابل المالي المتفق عليه..... | 102 |
| المطلب الثاني: ضمان التوازن المالي للصفقة..... | 104 |
| * نهاية الصفقات العمومية * | 110 |
| خلاصة: | 114 |
| قائمة المراجع: | 115 |